



המרכז לזכויות  
הילד והמשפחה

המרכז האקדמי  
שערי מדע ומשפט



# משפחה במשפט

כתב העת של המרכז לזכויות הילד והמשפחה  
במרכז האקדמי "שערי מדע ומשפט", הוד השרון

## מערכת כתב העת

### העורכים

פרופ' רונה שוז      ד"ר איילת בלכר-פריגת

### עורך אורח

ד"ר מוסה אבו רמדאן

### עורך משנה

עו"ד עדן כהן

### חברי המערכת

שקמה אדרי, אהוד אלה, תומר בכר, מורן בראג, שרי סלע,  
עמית פיוטרקובסקי, צבי צפירה, שני שלוק, תרצה שמע

### עריכה לשונית

עברית: יהודית ידלין

---

## כרך ח

התשע"ז-התשע"ז – 2016-2017

הוצאת המרכז האקדמי "שערי מדע ומשפט"

ת.ד. 261, הוד-השרון 4510201 • טל' 09-7750342 • פקס 09-7750375

[www.mishpat.ac.il](http://www.mishpat.ac.il)

כל הזכויות שמורות למרכז האקדמי "שערי מדע ומשפט".  
ניתן לצטט או להעתיק רשימות או חלקיהן בתנאי שיפורסם שם המחבר  
ושם כתב העת.  
הציטוט והאזכור ייערכו על פי כללי האזכור האחיד בכתיבה המשפטית  
(מהדורה שנייה, 2013).

כתב העת "משפחה במשפט" מכיל מאמרים מתחומי דעת (דיסציפלינות) שונים הנוגעים  
לדיני המשפחה (דיני זוגיות, דיני הורים וילדים ומשפחות חדשות).  
מתקבלים מאמרים העוסקים ביחסי משפחה ומדינה, ההשקה בין  
דיני המשפחה לתחומי משפט אחרים (כגון דיני קניין, דיני עונשין, דיני נזיקין,  
ומשפט בין-לאומי) ועוד.

רשימות ניתן להגיש למערכת כתב העת "משפחה במשפט" באמצעות דואר אלקטרוני:  
[journal@mishpat.ac.il](mailto:journal@mishpat.ac.il)  
לרשימות יש לצרף את שם המחבר, תוארו וכותרת הרשימה בעברית ובאנגלית,  
וכן תקציר בן כחצי עמוד ותוכן עניינים.

הפקה וסדר: ענת זקון

הוצאה לאור:  
נבו הוצאה לאור בע"מ  
טל' 02-9992099

**נבו**  
הוצאה לאור



המרכז לזכויות  
הילד והמשפחה

## משפחה במשפט

התשע"ז-התשע"ח – 2016–2017

כרך ח

### תוכן העניינים

- דבר העורכים :
- 1 נשים מוסלמיות והדין האישי בישראל – המאבק על סמכות דתית וחברתית .....  
איילת בלכר-פריגת, רונה שוז ומוסה אבו רמדאן
- 13 בג"ץ הבוררת והביקורת השיפוטית על בתי דין דתיים: מבט לעתיד .....  
שירין בטשון
- מינוי אישה בוררת בתובענות הפרדה וגירושין בבתי הדין השרעיים :
- 29 בין הדין השרעי למשפט הישראלי .....  
איאד זחאלקה
- 53 היברידיות משפטית וליברליזם פטריארכלי: האישה כבוררת בבתי הדין השרעיים .....  
מוסה אבו רמדאן
- עולה על בריקדת הפטריארכליות:
- 81 בית הדין השרעי והתנגדותו למינוי בוררת-אישה בהליכי גירושין .....  
עידו שחר
- הצורך בזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט :
- 101 בעקבות בג"ץ 3856/11 פלונית נגד בית הדין השרעי הגדול לערעורים .....  
מיטל פינטו
- יש שופטים בירושלים והיו מחוקקים באסתנבול :
- 125 על ההיסטוריה של החוק הקרוי (בטעות) "חוק המשפחה העותמאני" .....  
איריס אגמון
- נשים בתפקידי שיפוט בבית הדין הרבני: בחינה מחודשת נוכח פסיקת בג"ץ .....  
תהילה בארי-אלון



## בית הספר למשפטים, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט • הוד השרון

נשיא המרכז האקדמי: פרופ' אביעד הכהן  
מנכ"ל המרכז האקדמי: יהודה (הודי) ליברמן

### הסגל האקדמי

עו"ד אריאל מנור  
עו"ד אופיר סטרשנוב  
עו"ד מיה פלוס  
עו"ד אורי קורב  
עו"ד צבי קניגסבוך  
עו"ד יובל קפלינסקי  
עו"ד שלמה רבינוביץ  
עו"ד ניר רהט  
עו"ד ענבל רובינשטיין  
עו"ד אפרת רוזנבלט  
עו"ד מיה רוזנפלד  
עו"ד מיכל ריכרדסון  
עו"ד ריקי שחר פורת  
עו"ד נורית שני אברכנאל

### מורים לאנגלית

גב' דברה חן-קלדרון – רכות  
ד"ר ג'אנה בורשטיין  
ד"ר אסנת חן  
גב' יעל אדלר  
גב' סנדי אשרי  
גב' מירב-עדי נשר  
גב' אורית סימון  
מר ג'יי סקורק  
גב' אנט רוזנברג  
גב' ארלין רוטנברג-סקורק  
גב' נתליה שוורץ

ד"ר אסף הראל  
ד"ר לאה ויזל  
ד"ר ד רוי"ח שלמה נס  
ד"ר נתנאל פישר  
ד"ר בועז שנור  
עו"ד לילך אילון אפל  
עו"ד איריס אגס-מימון  
עו"ד שי אהרנוביץ  
עו"ד ציון אמיר  
עו"ד אלישי בן יצחק  
עו"ד מיכל בן יצחק  
עו"ד שרון בן צבי-אברהם  
עו"ד מיקה ברוקס פרנץ  
עו"ד הילה ברקל  
עו"ד זמירה גולדינר  
עו"ד ליארה גלאובך  
עו"ד ניר גנאינסקי  
עו"ד רינת גרשפלד  
עו"ד שרון דרווי  
עו"ד עודד הכהן  
עו"ד אדי ווסר  
עו"ד אוריאל זעירא  
עו"ד עדי חן  
עו"ד רונן יצחק  
עו"ד בתיה כהנא דרוור  
עו"ד דברת להב שור  
עו"ד נגה לוין  
עו"ד אברהם ללום  
עו"ד יהושע למברגר

### מרצי פנים

פרופ' אביעד הכהן – נשיא  
ד"ר לימור עציוני – מ"מ דיקן  
פרופ' חמי בן נון  
פרופ' ישראל גלעד  
פרופ' מיכל טמיר  
פרופ' פמלה לאופר-יוקוליס  
פרופ' יעל רונן  
פרופ' רונה שוז  
ד"ר תהילה בארי-אלון  
ד"ר ויקטור בוגנים  
ד"ר איילת בלכר-פריגת  
ד"ר מיכאל בריס  
ד"ר עמוס הרמן  
ד"ר חגי ויניצקי  
ד"ר דפנה לביא  
ד"ר הילי מודריק אבן חן  
ד"ר חיים שיין

### מרצי חוץ

השופט נתנאל בנישו  
השופט מנחם הכהן  
השופט רפאל יעקובי  
השופט צבי סגל  
עו"ד מאיר נגה שמואלי  
השופט יאיר תירוש  
פרופ' שמשון אטינגר  
פרופ' דיוד גילה



## על המרכז לזכויות הילד והמשפחה

בשלהי שנת 2004 הקים המרכז האקדמי "שערי משפט" את המרכז לזכויות הילד והמשפחה כמרכז אקדמי ייחודי למחקר ומידע בנושא זכויות הילד והמשפחה. המרכז מהווה מרכז מחקר, מידע, כנסים וימי עיון, ובית יוצר לרעיונות חדשים ולדיון בדילמות שעל סדר היום בסוגיות שונות, משפטיות וחברתיות, הקשורות ביחסי הגומלין שבין זכויות ילדים, הורים ומשפחה. המרכז שואף לקדם דיון ציבורי, משפטי וחברתי בסוגיות הנוגעות לזכויות הילד ולענייני משפחה. לשם כך, עורך המרכז כנסים וימי עיון ומקדם מחקר, הצעות חוק, ופרסומים אקדמיים בנושאים קשורים. פעילויות המרכז מיועדות לא רק למשפטנים, אלא גם לאנשי דיסציפלינות אחרות השמים במרכז מחקרם או פעילותם ילדים ומשפחותיהם. מנהלות המרכז הינן פרופ' רונה שוז וד"ר איילת בלכר-פריגת, מרצות במרכז האקדמי שערי משפט. המרכז מהווה נדבך נוסף בשרשרת פעילויות שהמרכז האקדמי מקדמת במישורים שונים.

### חוקת המרכז לזכויות הילד והמשפחה

1. הילד הוא אדם, ועליו לזכות בזכויות אדם בזכות ולא בחסד, הכול בהתאם להתפתחותו וברוח אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989, שמדינת ישראל חתמה עליה ואשררה אותה.
2. יש להקפיד על מתן כבוד לילד ועל שיתופו לפי גילו ולפי כשריו המתפתחים, בכל עניין חברתי, ציבורי ומשפחתי הנוגע לו. הדבר מתבטא הן בזכות השימוע והטיעון ובמתן משקל ראוי לדעותיו של הילד בהליכים משפטיים הנוגעים לסכסוכים במשפחה, והן בהתייחסות החברתית הנאותה לצרכיו, כולל התאמת שירותים ומתקנים לצורכי הילד, ברוח דוח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (ועדת כבוד השופטת סביונה רוטלוי).
3. זכויות הילד וטובתו צריכות להיות השיקול הראשון במעלה בכל סוגיה חברתית, ציבורית ומשפטית הקשורה לילד ולמשפחתו. עם זאת, יש לבחון את זכויות הילד גם לאור השתייכותו המשפחתית, התרבותית והקהילתית. זכויות הילד נמצאות במרכז. אולם, יש להביא בחשבון גם את זכויות ההורים, זכויות חברים אחרים בתא המשפחתי וגם את זכויות המשפחה, שהיא היחידה המרכזית, הבסיסית והחשובה ביותר בחברה, כגוף נפרד ועצמאי.
4. יש לשאוף להכריע בסכסוכים בין ילדים לבין הורים במישורים השונים בדרכים אלטרנטיביות, כגון טיפול או גישור, מתוך הנחה, כי דרכים אלה ייטיבו יותר עם הילד

והמשפחה. כמו כן יש לשאוף להעביר התדיינויות פליליות בעבירות במסגרת המשפחה לבית המשפט לענייני משפחה.

יבואו על התודה והברכה:

פרופ' אביעד הכהן, נשיא המרכז האקדמי, ויהודה (הודי) ליברמן, מנכ"ל המרכז האקדמי, על שותפות אמיצה לרעיונות וסיוע פעיל בהגשמתם ועל תמיכה בהוצאתו לאור של כתב העת.

עו"ד עדן כהן, עורך המשנה, על עבודה מאומצת ומועילה. חברי מערכת כתב העת: שקמה אדרי, אהוד אלה, תומר בכר, מורן בראג, שרי סלע, עמית פיוטרקובסקי, צבי צפירה, שני שלוק ותרצה שמע.

ואחרונים חביבים – הכותבים, שלולא פרי עטם כרך זה לא היה יוצא לאור.



**דבר העורכים :**  
**נשים מוסלמיות והדין האישי בישראל – המאבק על**  
**סמכות דתית וחברתית**

מאת

**איילת בלכר־פריגת, רונה שוז ומוסה אבו רמזאן**

ענייני נישואין וגירושין בישראל מסורים לשליטה בלעדית של רשויות דתיות ודינים דתיים, מתוך בחירה אידאולוגית שבחירה מדינת ישראל עם הקמתה להותיר על כנו את משטר המעמד האישי בדיני משפחה, אשר אומץ על ידי ממשלת המנדט הבריטי.<sup>1</sup> אמנם מאז ראשית ימיה של מדינת ישראל נתון הסדר המעמד האישי בדיני משפחה לדיון וביקורת ציבוריים ואקדמיים אך דיונים אלו מתמקדים במצוקות הנגרמות לאוכלוסייה היהודית (במובנה הרחב) כתוצאה של הסדר זה ובמקומו של ההסדר ביחס לאופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. הדיון בהשלכות ההסדר על אוכלוסיות לא יהודיות בישראל ובמצוקות הנגרמות להן בעקבותיו הוא מוערי.<sup>2</sup> בפרט, הדיון במצוקותיהן של נשים מוסלמיות בישראל הוא חסר ומוגבל.<sup>3</sup>

המונופול הדתי הקיים בישראל בענייני נישואין וגירושין יוצר מצוקה ייחודית לנשים מוסלמיות בישראל, הכפופות לשתי מערכות שליטה ואפליה. במערכת אחת, בתוך קבוצת האוכלוסייה המוסלמית, הן כפופות לנורמות ותפיסות פטריארכליות ולאפליה על רקע מגדרי. דיני המשפחה השרעיים הם בבסיסם דינים פטריארכליים, המאפשרים גירוש אישה

1 כפי שמבהירה איריס אגמון במאמרה בכרך זה, משטר המעמד האישי מבטא בחירה של השלטון המנדטורי ולא של השלטון העות'מאני, אף שהשלטון המנדטורי בחר לתאר זאת כהמשך מצב הדברים הקיים. ראו איריס אגמון "יש שופטים בירושלים והיו מחוקקים באסתנבול: על ההיסטוריה של החוק הקרוי (בטעות) 'חוק המשפחה העות'מאני'" משפחה במשפט ח 125, 143–144 (2016–2017).

2 Michael M. Karayanni, *The Separate Nature of the Religious Accommodations for the Palestinian-Arab Minority in Israel*, 5 Nw. U. J. INT'L HUM. RTS. 41 (2006).

3 היבא יזבק וליאת קוזמא "מעמד אישי ופלסטינים בישראל" מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל 11, 11–12 (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות, 2017).

בעל כורחה ופוליגמיה, מעניקים לבעל זכות לקיום יחסי מין עם אשתו<sup>4</sup> וכן מעניקים לגברים במשפחה סמכות עדיפה בחינוך וגידול הילדים.<sup>5</sup> גם הסמכות ההלכתית לפרש את הדין הדתי השרעי וליישמו היא בבסיסה סמכות פטריארכלית, המסורה בראש ובראשונה לגברים. נשים מוסלמיות נאבקות ומנסות לגבור על המכשולים הדתיים והחברתיים בקהילתם על מנת להשיג סמכות דתית.<sup>6</sup> במערכת השנייה, אל מול המדינה, שייכות נשים מוסלמיות לקבוצת מיעוט הנמצאת בשולי החברה של מדינת ישראל היהודית, חוות ניכור מצד מוסדות המדינה ומתקשות לראות בהם גורם מסייע כנגד הפגיעה בזכויותיהן ובמעמדן. מנקודת המבט של האוכלוסייה המוסלמית בישראל, שליטת בתי הדין השרעיים והדין המוסלמי על ענייני נישואין וגירושין נתפסים כמעוז היחיד כמעט של אוטונומיה בישראל. ניסיונות של נשים לפעול לשינוי הדין או הסמכות בענייני המעמד האישי באמצעות המדינה נתפסים לפיכך כהעדפת האינטרס האישי-הפרטי של הנשים על פני זה של הקהילה, ובפעולה כנגד האינטרסים של הקהילה המוסלמית כקבוצה.<sup>7</sup>

בשנים האחרונות חוקרות וחוקרים ממגוון קבוצות באקדמיה הישראלית מפנים את הזרקור אל סוגיות המעמד האישי של נשים מוסלמיות בישראל ואל חוויית הדיכוי המורכבת והקשה שהן חוות.<sup>8</sup> עם זאת, בהשוואה לענייני המעמד האישי של נשים יהודיות בישראל, הכתיבה הקיימת מוגבלת. בכרך זה של "משפחה במשפט" אנו מבקשים לתרום לפיתוח גוף הידע על סוגיות המעמד האישי של נשים מוסלמיות בישראל. המאמרים בכרך מוקדשים לדיון רב-ממדי בפסק דין אשר ניתן על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים (להלן: בג"ץ הבוררת).<sup>9</sup> באותו עניין חייב בג"ץ את בית הדין השרעי לאפשר לאישה למנות מטעמה בוררת-אישה בסכסוך גירושין בינה לבין בעלה, אשר התנהל על בסיס תביעת "ריב וסכסוך" (נזאע ושקאק) כהגדרתה בסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני (כפי שמכונה חוק זה בספר החוקים הישראלי).

- 4 מוסה אבו רמדאן "היברידיות משפטית וליברליזם פטריארכלי: האישה כבוררת בבתי הדין השרעיים" *משפחה במשפט* ח 53, 56 (2016–2017).
- 5 מוסה אבו רמדאן "התפתחויות אחרונות באחזקת ילדים בבתי הדין השרעיים" *משפחה ומשפט* ב 69, 83 (2008).
- 6 לילה עבד רבו ויונתן גונן "המינוי ההיסטורי של נשים לשופטות בבתי הדין השרעיים בגדה המערבית: השיח התקשורתי והחוויה האישית" *מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל* 55, 57 (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות, 2017).
- 7 יוקסל סוגין "נשים ומעמד אישי במדינות מיעוט מוסלמי: בין הודו לישראל" *מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל* 81, 81 (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות, 2017).
- 8 ראו למשל את קובצי המאמרים: לנוכח בית הדין השרעי: תהליכי שינוי במעמדן של נשים מוסלמיות בישראל ובמזרח התיכון (ליאת קוזמא עורכת, 2011); *מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל* (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות, 2017).
- 9 (פורסם בנבו, 27.6.2013).

סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני קובע מנגנון להליך גירושין, הפתוח הן בפני נשים והן בפני גברים. על פי הסעיף יכולים אישה או גבר להגיש תביעת גירושין בעילה של "ריב וסכסוך", שאינו מאפשר את המשך קיום הנישואין בין הצדדים. כאשר נעשית פנייה שכזו, והקאדי סבור שאכן קיים סכסוך, אזי הוא ממנה בורר מטעמו של כל צד, בוררים אלו יקשיבו לטענות הצדדים ומטרתם הראשונית היא להשכיח שלום בית ביניהם. אם הבוררים מגיעים למסקנה שאין אפשרות לשלום בית בין הצדדים, באפשרותם להמליץ על פירוק קשר הנישואין על ידי גירושין, אגב קביעה מיהו הצד האשם בסכסוך ובהתאם לכך – קביעת פיצוי כלכלי לצד הנפגע.

תביעת גירושין על בסיס סעיף 130 האמור היא הדרך המקובלת לסיים קשרי נישואין בחברה המוסלמית בישראל.<sup>10</sup> בהליכי גירושין אלו אפשרו בתי הדין השרעיים למנות גברים בלבד לתפקיד הבוררים, אולם בעניין הבוררת דרשה האישה כי תמונה מטעמה בוררת-אישה. לאחר שהן בית הדין השרעי האזורי בטייבה והן בית הדין השרעי לערעורים פסקו כי גברים בלבד יכולים לשמש כבוררים הגישה האישה עתירה לבג"ץ, אשר כאמור קיבל את עתירתה.

הרקע העובדתי, פרטי פסקי הדין של בתי הדין השרעיים ובג"ץ וטענות הצדדים מתוארים ומנותחים בהרחבה במאמרים המופיעים בכרך, ובפרט בארבעת המאמרים הראשונים בכרך, המתמקדים בפסק הדין עצמו. המאמר הפותח את הכרך הוא מאמרה של שירין בטשון.<sup>11</sup> בטשון, אשר ייצגה את הארגון הפמיניסטי "כיאן" – שהצטרף לעתירה כידיד בית המשפט – מנתחת במאמרה את פסק הדין ובוחרת את השלכותיו העתידיות האפשריות לשינוי מציאות חייהן של נשים מוסלמיות בישראל. בטשון מדגישה את ההישג שמבטאת שבירת המונופול הגברי, שהיה קיים בכל הנוגע למינויים של בוררים, עבור ציבור הנשים המתדיינות בבתי הדין השרעיים. עוד היא מדגישה את חשיבותה של אפשרות הבחירה בבורר או בוררת במציאות שבה אין לנשים אפשרות בחירה ביחס לסמכותו של בית הדין השרעי לדון בעניין גירושיהן, וכאשר המכריעים הסופיים בעניינן הם עדיין ברובם קאדים גברים. לגישה של בטשון, דרך המלך למאבק באפליית נשים בתחום דיני המשפחה היא כינונה של מערכת אזרחית אחת משותפת לנישואין וגירושין וביטול המונופול הדתי החל על ענייני נישואין וגירושין.<sup>12</sup> ואולם, מאחר שמערכת המעמד האישי

10 אמנם, על פי הדין השרעי גברים יכולים לגרש את נשותיהם באופן חד-צדדי (גירושי טאלק), אך גירושין חד צדדיים שכאלו נאסרו בחוק העונשין (ס' 181 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226). גירוש האשה באופן חד צדדי מהווה עבירה פלילית ואף מהווה עוולה נזיקית (ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 172 (1984)). לכן, ס' 130 לחוק המשפחה העות'מאני הפך לדרך המקובלת לסיום קשר הנישואין הן עבור גברים והן עבור נשים.

11 "בג"ץ הבוררת והביקורת השיפוטית על בתי דין דתיים: מבט לעתיד" משפחה במשפט ח 13 (2016-2017).

12 ראו גם אבישלום וסטרייך ופנחס שיפמן נייר עמדה: מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל 25-28 (2012).

בדיני משפחה נותרת על כנה, ואין באופק אפשרות ממשית לביטולה, סבורה בטשון שקביעותיה של השופטת ארבל בג"ץ הבוררת מרחיבות את פוטנציאל ההגנה של זכויותיהן של נשים ועשויות לסייע בצמצום האפליה נגדן. בטשון מדגישה בפרט את קביעותיה של השופטת ארבל בדבר חובתו של בית הדין השרעי להעדיף פרשנות המתיישבת עם עקרון השוויון מפרשנות שאינה מתיישבת עימו, כאשר קיימת יותר מגישה פרשנית אחת במסגרת הפרשנויות המקובלות מבחינה דתית.

מאז נכתב מאמרה של בטשון מונחה עורכת הדין הנא ח'טיב כאישה הראשונה לתפקיד קאדית בבית דין שרעי בישראל.<sup>13</sup> האם נוכחותן של נשים כשופטות במערכת בתי הדין השרעיים, או שמא פעילותן כבוררות בהליכי גירושין אכן תשפיע על מציאות חייהן של נשים אשר בעניינן הן תקבלנה החלטות? שאלה זו נותרת פתוחה.<sup>14</sup>

בעוד מאמרה של בטשון מבטא אמונה ביכולתם של מוסדות המדינה, ובפרט הכנסת ובית המשפט העליון, להוביל מהלכי שינוי ולעודד שוויון מגדרי בחברה המוסלמית בישראל, הקאדי איאד זחאלקה (קאדי בית הדין השרעי לערעורים ומנהל בתי הדין השרעיים) מביע ספקנות באשר לסיכויי ההצלחה של שינוי הנכפה על הקהילה מבחוץ. מאמרו של זחאלקה,<sup>15</sup> שהוא המאמר השני בכרך, מבקר את בג"ץ על החלטתו להתערב בהחלטת בית הדין השרעי. זחאלקה גורס כי שינוי שנכפה על ידי המדינה דינו, בסופו של דבר, להיכשל. הוא מציין כי מן הבחינה המעשית המדינה מתקשה להבטיח את ביצוע ההוראות החילוניות והגשמתן בבית הדין. אכן, במקרה מוקדם יותר שהגיע בפני בתי הדין השרעיים ובו ביקשה אישה מבית הדין למנות מטעמה אישה בוררת, שלל בית הדין השרעי את המינוי המבוקש. עם זאת, בית הדין השרעי לערעורים, בדונו באותו עניין, הבהיר כי אין מדובר בהכרעה בשאלה העקרונית בדבר האפשרות למנות אישה לתפקיד בוררת, אלא בשאלת ההתאמה של מי שהצדדים בחרו, וזאת בהתאם לתנאים הנדרשים מתפקיד זה. לגישת בית הדין, הבוררת שבחרה האישה באותו מקרה מוקדם לא עמדה בתנאים הנדרשים.<sup>16</sup> בהחלטה מעין זו התערבות בג"ץ כמעט איננה אפשרית.

13 עוד קודם לכן, בשנת 2009, מונו אסמהאן אל-וחידי כקאדית בחברון וח'ולוד אל-פקיה כקאדית ברמאללה. ראו עבד רבו וגונן, לעיל ה"ש 6.

14 יזבק וקוזמא, לעיל ה"ש 3, בעמ' 21–22. שאלת השפעתה של הזהות המגדרית של השופט או השופטת (או של החברות והחברים בחבר המושבעים) היא שאלה שהעסיקה, וממשיכה להעסיק, את המחקר בתחומי ידע מגוונים. ראו למשל Donald R. Songer et al., *A Reappraisal of Diversification in the Federal Courts: Gender Effects in the Courts of Appeals*, 56 J. POL. 425 (1994); Sue Davis, *The Voice of Sandra Day O'Connor*, 77 JUDICATURE 134, 138–139 (1993).

15 "מינוי אישה בוררת בתובענות הפרדה וגירושין בבתי הדין השרעיים: בין הדין השרעי למשפט הישראלי" משפחה במשפט ח 29 (2016–2017).

16 ראו דיון בפסק דין זה במאמרו של מוסה אבו רמדאן המופיע בכרך, לעיל ה"ש 4, בעמ' 60–61.

זחאלקה טוען כי הציבור המוסלמי בישראל יצא כנגד פסיקת בג"ץ בעניין הבוררת וככלל מסרב לקבל התערבות של בג"ץ, או התערבות אזרחית של המדינה, בסמכות בתי הדין השרעיים. דברים אלו תואמים את האמור לעיל בדבר האופן שבו תופסת הקהילה המוסלמית את בתי הדין כמעוז היחיד של אוטונומיה מוסלמית בישראל, שעליו יש להגן.<sup>17</sup> ראוי לציין כי זחאלקה אינו סבור, בהכרח, כי עמדת בתי הדין השרעיים, הן האזורי והן בית הדין לערעורים, בבג"ץ הבוררת היא העמדה המתחייבת על פי ההלכה השרעית. במאמרו סוקר זחאלקה את הגישות השונות בדין השרעי לעניין מינויה של אישה כבוררת, ואף שבעשותו כן הוא מסביר את עמדת בית הדין השרעי לערעורים, הוא גם מראה כי מתוך הדין השרעי עצמו ניתן היה להגיע לתוצאה שונה. לאמיתו של דבר, עמדה הקיימת בדין השרעי עצמו, המאפשרת מינוי אישה לבוררת, היא שעמדה בבסיס פסיקתה של השופטת ארבל, שבה הורתה לבית הדין למנות בוררת-אישה באותו עניין. ביקורתו של הקאדי זחאלקה מכוונת לדרך שבה יש להניע שינויים בדין האישי הדתי, ויוצאת כנגד כפיית השינוי מבחוחן על ידי מוסדות המדינה האזרחיים. לגישתו, השינוי צריך לבוא מתוך הקהילה עצמה, מתוך דיאלוג.

עמדתו זו של זחאלקה מעוררת את השאלה הרחבה בדבר האסטרטגיות הרצויות להשגת רפורמות וקידום זכויות עבור נשים, שהן חלק מקבוצת מיעוט, ובפרט לנשים מוסלמיות בישראל. הניסיון מראה כי "שינוי מלמעלה" בערוץ חקיקתי או שיפוטי הוא אכן מוגבל בהישגיו ובהצלחתו. כך עולה למשל ממחקר שערך יוקסל סזגין (Yüksel Sezgin),<sup>18</sup> אשר ניתח והשווה טקטיקות ואסטרטגיות התנגדות של נשים מוסלמיות כנגד ההשלכות השליליות של דיני המשפחה הדתיים על מעמדן, בהודו ובישראל.<sup>19</sup> על אף הבדלים הקיימים בין מערכות המשפט בהודו ובישראל, סזגין מציג כמה נקודות דמיון בין המערכות, הרלוונטיות במיוחד לשאלת זכויותיהן וחירויותיהן של נשים מוסלמיות בשתי המדינות. הן בישראל והן בהודו, דיני המשפחה בכלל ודיני הנישואין והגירושין בפרט נקבעים על פי הדין הדתי של הקהילה האתנו-דתית שלהם. הן בהודו והן בישראל, האזרחים המוסלמים הם אוכלוסיית מיעוט. מאפיין זה מציב מלכוד דומה בפני הנשים המוסלמיות ההודיות ואלו הישראליות: כאשר הן מבקשות להיאבק על זכויותיהן ומעמדן אל מול דיני המשפחה הדתיים הפטריארכליים והמגבילים, הן מואשמות בהיותן בוגדות בקהילתן שלהן ובהעדפת האינטרס האישי-הפרטי שלהן. מאפיין משותף נוסף מתייחס למעמד המדינה, שהן בהודו והן בישראל נעדרת לגיטימציה להתערב בחוק האסלאמי המהותי וגם נעדרת מוטיבציה פוליטית להתערב בעניינים הנחשבים כענייניה הפנימיים של

17 ראו הטקסט הצמוד לה"ש 2 לעיל.

18 YÜKSEL SEZGIN, HUMAN RIGHTS UNDER STATE-ENFORCED RELIGIOUS FAMILY LAWS IN ISRAEL, EGYPT AND INDIA (2013).

19 שם, בעמ' 81.

הקהילה.<sup>20</sup> ואולם, כפי שמראה סזגין, גם כאשר הצליחו התארגנויות של נשים, בישראל או בהודו, להתגבר על היעדר המוטיבציה של המדינה להתערב בענייני מעמד אישי ולהניע שינויים חקיקתיים, שינויים אלו עוררו התנגדות בקרב הקהילה ולעיתים אף פגעו בזכויות הנשים לטווח הארוך. לטענת סזגין, הדבר נכון במיוחד בישראל, שכן שינוי בשיתוף מוסדות המדינה נתפס כשיתוף פעולה עם ה"אויב".<sup>21</sup> כדוגמה מישראל מביא סזגין את תיקון חוק בית משפט לענייני משפחה בשנת 2001. חוק זה הביא לביטול הסמכות הייחודית שהייתה לבתי הדין השרעיים בענייני מזונות ילדים, מזונות אישה, ושאר עניינים שאינם נישואין וגירושין במובן הצר, ולפתיחת שעריו של בית המשפט לענייני משפחה בפני מתדיינים מוסלמים (ובפרט מתדיינות).<sup>22</sup> על אף ההישג של ארגוני הנשים בהעברת התיקון לחוק, כיום, לאחר למעלה מ-15 שנה, יש מחלוקת בנוגע למידת הצלחתו. הסיבות להצלחה המוגבלת של התיקון הן רבות, אך בין היתר ראוי לציין את הסנקציות החברתיות המוטלות על נשים מוסלמיות הפונות לבתי המשפט האזרחיים-ישראלים בנושאים הקשורים לדיני משפחה.<sup>23</sup> לדברי סזגין, הלקח של ארגוני הנשים מהיעילות המצומצמת של פתיחת שערי בית המשפט לענייני משפחה בפניהן הביא אותן לבחון אסטרטגיות שינוי מ"בפנים", על ידי הצעת פרשנויות שונות, ידידותיות יותר לנשים, של השריעה הקלסית.<sup>24</sup> לכאורה, יש בכך כדי לתמוך בטענתו של זחאלקה כנגד הפסיקה בבג"ץ הבוררת. עם זאת, אף שרפורמות מ"בפנים" נראות לכאורה מוצלחות יותר, אף סזגין מודה שרפורמות חילוניות מבחוץ אינן בגדר כישלון, ושלעיתים הן אף מסייעות בהנעת רפורמות פנימיות.<sup>25</sup> כך, למשל, פתיחת שעריו של בית המשפט לענייני משפחה בפני מתדיינות מוסלמיות הייתה הגורם המניע מאחורי רפורמות פנימיות שהנהיגו בתי הדין השרעיים בדיני מזונות אישה ומזונות ילדים ובסכומי המזונות הנפסקים.<sup>26</sup> בבג"ץ הבוררת פנתה האישה לבג"ץ רק לאחר שבתי הדין השרעיים סירבו לאמץ את הגישה הפרשנית שלפיה אישה יכולה להתמנות כבוררת. אכן, נראה כי הסתמכות בלעדית על היכולת להניע שינויים מבפנים אף היא מוגבלת וכי קיימים יחסי גומלין בין מערך הכוחות הפנים-קהילתי לבין מערך הכוחות קהילה-מדינה. ייתכן שכדאי לחשוב כיצד, אם בכלל, ניתן להסתייע במדינה שלא על מנת לקדם שינוי מ"למעלה", אלא על מנת לתמוך בשינוי מבפנים ולקדמו.

שם, בעמ' 86, 91.	20
שם, בעמ' 99.	21
שם, בעמ' 94-97.	22
שם, בעמ' 96.	23
שם, בעמ' 99.	24
שם, בעמ' 108.	25
שם, בעמ' 107-108.	26

שני המאמרים הבאים בכרך הם מאמריהם של מוסה אבו רמדאן<sup>27</sup> ושל עידו שחר<sup>28</sup>. שניהם מתמקדים בפסיקת בתי הדין השרעיים, ובפרט בית הדין השרעי לערעורים בבג"ץ הבוררת, ולא בפסיקתו של בג"ץ. המשותף לשני המאמרים הוא ההסבר שהם נותנים לפסיקת בית הדין, שמקורה, לגישת שני המחברים, בתפיסות פטריארכליות ובחשיבות שמייחס בית הדין למאפיינים הפטריארכליים של דיני המשפחה השרעיים. הן אבו רמדאן והן שחר מתמודדים במאמריהם עם תמיהות שעוררה פסיקת בית הדין השרעי לערעורים באותו עניין.

מבחינה מהותית אין מדובר בסוגיה הנוגעת ללב ליבם של דיני הנישואין והגירושין (כגון גירוש אישה כנגד רצונה באמצעות טלאק משולש או ריבוי נישואים). בדרך כלל, שינויים הנוגעים לליבת דיני הנישואין או הגירושין הם המעוררים את המחלוקות הקשות ביותר, שכן עניינים אלו קשורים קשר הדוק לפוליטיקה של זהויות.<sup>29</sup> רפורמות בנושאים אחרים, כדוגמת מזונות, בדרך כלל קלות יותר להשגה. תפקיד הבוררת, כפי שמציין שחר, אינו מרכזי בהליך הגירושין. מדובר בתפקיד זוט וזמני, שחשיבותו ודאי פחותה מזו של עורכי דין או טוענים שרעיים – תפקידים שבהם נושאות נשים זה מכבר, ועל פי פסיקה קודמת של בית הדין השרעי לערעורים, ההחלטה הסופית נותרת בידי בית הדין.<sup>30</sup> הן אבו רמדאן והן שחר גם מדגישים שפסיקת בית הדין השרעי לערעורים בעניין הבוררת חייבה אותו לסטות מפסיקות קודמות שלו, ובפרט לצמצם את סמכות בית הדין אל מול תפקיד הבורר.<sup>31</sup>

כאמור, הן אבו רמדאן והן שחר רואים בפטריארכליות גורם מרכזי בהסבר לפסיקת בית הדין. אבו רמדאן ממקם את פסיקת בית הדין בעניין הבוררת במסגרת התאוריה הכללית שהוא פיתח בכתיבתו המחקרית בדבר היברידיות פטריארכלית.<sup>32</sup> הטיעון הכללי של אבו רמדאן בכתיבתו המחקרית בהקשר זה היא שהדין החל בענייני המעמד האישי בישראל, ובכלל זה בבית הדין השרעי, אינו דין אזרחי או דין דתי, אלא דין היברידי הנוצר משילובם של עקרונות ודינים אזרחיים עם עקרונות ודינים דתיים. אחד המאפיינים המרכזיים של דין היברידי זה הוא השמירה על סממנים פטריארכליים. אבו רמדאן טוען שכך הדבר הן בבתי המשפט לענייני משפחה, הדנים בענייני המעמד האישי של מוסלמים,<sup>33</sup> והן בבתי הדין השרעיים. במאמר המתפרסם בכרך זה טוען אבו רמדאן שפסק הדין של בית הדין השרעי

27 לעיל ה"ש 4.

28 "עולה על בריקדת הפטריארכליות: בית הדין השרעי והתנגדותו למינוי בוררת-אישה בהליכי גירושין" משפחה במשפט ח 83 (2016–2017).

29 Sezgin, לעיל ה"ש 18, בעמ' 106–107.

30 שחר, לעיל ה"ש 28, בעמ' 88–89; אבו רמדאן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 65–66.

31 שחר, שם, בעמ' 88–89; אבו רמדאן, שם, בעמ' 75–76.

32 ראו למשל גם מוסה אבו רמדאן "מזונות לקטינים מוסלמים בבתי המשפט לענייני משפחה" מעמד אישי ומגדר: נשים פלסטיניות בישראל 225 (היבא יזבק וליאת קוזמא עורכות, 2017).

33 אבו רמדאן מדגים טענה זו בהקשר של מזונות ילדים. שם.

לערעורים בבג"ץ הבוררת הוא דוגמה נוספת למגמה זו. לדבריו, עבור בית הדין השרעי, הסממנים הפטריארכליים הם אמצעי לשמירה על זהותו הייחודית ובידולו אל מול בית המשפט ה"אחר", האזרחי.

מאמרו של שחר משלים את טיעונו הכללי של אבו רמדאן. בעוד אבו רמדאן טוען טיעון כללי ורחב בדבר חשיבות הסממנים הפטריארכליים לזהותו של בית הדין השרעי, שחר מתמקד באופייה של השאלה הפרטנית שניצבה בפני בית הדין ומסביר מדוע דווקא הסוגיה של מינוי בוררת חשובה לשמירה על אותה זהות פטריארכלית. כפי שצוין לעיל, הסוגיה של מינוי בוררת-אישה במסגרת הליך הגירושין אינה נראית לכאורה כסוגיה מהותית לאופיו הפטריארכלי של הדין או בית הדין השרעי. עם זאת מסביר שחר כי דווקא אופיו הפרטי של הליך הבוררות, המתקיים במרחב האינטימי של הבית, הפך את השמירה על הליך זה כהליך גברי לחשובה כל כך עבור בית הדין. הליך הבוררות אינו הליך שיפוטי המתנהל בבית הדין, אלא הליך פרטי המתקיים בין הצדדים ומשפחותיהם. לדברי שחר, המרחב הציבורי של הקהילה המוסלמית בישראל מפולש יותר וחשוף למעורבות של סוכני המדינה היהודית. המרחב הפרטי של הבית, לעומת זאת, הוא המרחב המעוצב בצלמם ובדמותם של האזרחים המוסלמים והוא נחשב כמרחב האוטנטי, המתנהל בהתאם לנורמות והערכים המוסלמיים. לכן, דווקא במרחב זה ערעור הערכים הפטריארכליים נחשב כמאיים יותר.

שלושת המאמרים הבאים בכרך מרחיבים את נקודת המבט ומשתמשים בפסק הדין של בג"ץ הבוררת כבסיס לדיון תאורטי רחב, מעבר לסוגיה הפרטנית של מינוי בוררת-אישה. מאמרה של מיטל פינטו<sup>34</sup> ממקם את הדיון בתוך השיח האקדמי על רב-תרבותיות ועל הזכות לתרבות. פינטו טוענת כי בג"ץ הבוררת הינו דוגמה קלסית למצב דברים שבו קבוצה דומיננטית בתוך קבוצת מיעוט דתית טוענת לפרשנות אחת ויחידה של הדת שהיא חלק מהתרבות של הקבוצה. לטענתה של פינטו, הזכות לתרבות מיועדת לשמור על תרבות המיעוט, ומדובר בזכות קבוצתית המגנה על טוב השתתפותי שכל חברי המיעוט שותפים ביצירתו בהנאה ממנו. הזכות לתרבות שייכת לפיכך לכלל חבריה של קבוצת המיעוט, והיא אמורה להגן על זכותם לקחת חלק ביצירת התרבות הקבוצתית. הזכות לתרבות אינה ניתנת רק לחלק מחברי הקבוצה, בין אם זו האליטה, קבוצה דומיננטית בתוך הקבוצה או מי שנחשבים כמנהיגיה, על מנת שייצקו לה תוכן כרצונם. דת בהקשר זה היא דוגמה אחת, או רכיב, מתרבות מקיפה של קבוצה.

לגישתה של פינטו, יש להבין את טענת העותרת בבג"ץ הבוררת כטענה במסגרת הזכות לתרבות, שנועדה להגן על זכותה לקחת חלק בעיצוב התרבות של קבוצתה. העותרת לא השלימה עם הפרקטיקה הנוהגת שלפיה גברים בלבד יכולים להתמנות לתפקיד של בוררים בהליכי גירושין במסגרת טענת "ריב וסכסוך". בקשתה למנות בוררת-אישה מטעמה היא למעשה בקשה לשנות את הפרקטיקה המקובלת בקרב חברי הקבוצה שאליה היא

34 "הצורך בזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט: בעקבות בג"ץ 3856/11 פלונית נגד בית הדין השרעי הגדול לערעורים" משפחה במשפט ח 101 (2016–2017).



משתייכת, כך שהיא תשקף גם את ערכיהן וצורכיהן של נשים. העותרת לא ביקשה לצאת מקבוצתה או להתנתק ממנה, אלא לקחת חלק בעיצוב תרבותה. עתירתה התבססה אפוא על זכותה לקחת חלק בטוב ההשתתפותי של תרבות קבוצתה, כפי שהיא מבינה אותה וכפי שראוי לעצבה. הזכות לתרבות שייכת לעותרת, ולנשים מוסלמיות, בדיוק כפי שהיא שייכת לגברים בקבוצה, לקאדים, ולאחרים המייצגים את הקבוצה באופן הרשמי. פינטו גורסת, לפיכך, שאין להבין את בג"ץ הבוררת כעניין המעלה את שאלת הזכות לתרבות אל מול זכויות אחרות, כדוגמת הזכות לשוויון או ערכים אחרים שהם חיצוניים לזכות לתרבות, אלא בדיון במסגרת הזכות לתרבות עצמה. הדיון שעורכת פינטו קושר את בג"ץ הבוררת לפסיקות אחרות של בית המשפט העליון מן השנים האחרונות, כגון פרשת עמנואל,<sup>35</sup> שם נדונה ההפרדה בין תלמידות חרדיות ממוצא אשכנזי לתלמידות חרדיות ממוצא ספרדי או מזרחי, או סוגיית נשות הכותל.<sup>36</sup> לבסוף מציעה פינטו כמה קווים מנחים שלפיהם יש לאזן בין טענות הרב בתוך קבוצת המיעוט לבין טענת המיעוט בתוך המיעוט באשר לאופן שבו יש לפרש את הזכות לתרבות של קבוצתם בהקשר מסוים.

המאמר החמישי בכרך הוא מאמרה של איריס אגמון,<sup>37</sup> הממקם את הדיון בבג"ץ הבוררת בפרספקטיבה רחבה של ניתוח היסטורי-משפטי של חוק המשפחה העות'מאני, שאותו אגמון מכנה במאמרה "קוד המשפחה". לטענתה, ההיבט המהותי ביותר והציר המארגן של קוד המשפחה היא עיצובו כחוק משפחה טריטוריאלי-למחצה, חוק שאמנם שימר את ההטרוגניות הדתית של אזרחי האימפריה העות'מאנית, אך מטרתו הייתה להשלים את המעבר למערכת שיפוט מדינתית אחת, מערכת שהיא מודרנית ריכוזית, שחוקיה חלים על כלל האזרחים, ולחזק את שליטת המדינה במערכת השיפוט ובשופטים. קוד המשפחה אכן הותיר על כנם את הכללים ההלכתיים הבסיסיים של כל דת ביחס לנישואין וגירושין ולא עסק כלל בשאלות טקסיות. בכך שימר הקוד חלק מההבדלים בין ההלכות הדתיות של שלוש הדתות בנוגע לנישואין וגירושין, אולם החוקים המהותיים לפיקוח המדינה על כינון נישואין ופירוקם היו אחידים ומסגרת הניהול המשפטי והאכיפה הייתה טריטוריאלית. לצורך זה העביר הקוד לשליטת המדינה סמכויות חשובות שהיו נתונות קודם לכן בידי ראשי הקהילות השונות.

מי שמחקן את אופיו הטריטוריאלי של הקוד, והפכו אותו ל"חוק מוסלמי", היו הבריטים (העות'מאנים, לדברי אגמון, כלל לא תרגמו את הקוד בתרגום רשמי לערבית בעת פרסומו). הבריטים החילו את קוד המשפחה על מוסלמים בלבד באזורים שהפכו במסגרת ההסדרים של אחרי מלחמת העולם השנייה למדינות המנדט. הם כינו את הקוד "חוק המשפחה המוסלמי" וביטלו את כל אותם סעיפים שהיו אמורים לחול על יהודים ונוצרים.

35 בג"ץ 1067/08 עמותת נוער כהלכה נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.2009).

36 פינטו, לעיל ה"ש 34, בעמ' 114–118.

37 לעיל ה"ש 1.

כפי שמדגישה אגמון, אין מדובר בשינוי טכני או תפנית קלה, אלא בשינוי מהותי הנהגה גורל. הבריטים גם ביטלו את מהלך האחדתה של מערכת המשפט, שהחל השלטון העות'מאני. בתי הדין השרעיים, שבאימפריה העות'מאנית נתפסו כבתי משפט מדינתיים ואף עמדו לקבל תפקידים נוספים ביישום קוד המשפחה על כלל האוכלוסייה, והוגדרו על ידי הבריטים בתי דין "דתיים מוסלמיים" והוצבו לצד בתי הדין היהודיים והנוצריים. טענת הבריטים הייתה שהם מאמצים וממשיכים את מערכת השיפוט האוטונומית בתחום דיני המשפחה על בסיס עדת-דתי, המילת, שהייתה נהוגה באימפריה העות'מאנית. הנרטיב הבריטי בדבר המשך שיטת המילת אומץ על ידי היסטוריונים וחוקרי משפט וחברה שונים, אך לטענת אגמון אימוץ נרטיב זה מבטא אי-הבנה היסטורית עמוקה.

מאמרה של אגמון מאתגר את הסיפור ההיסטורי הידוע והמקובל בדבר אופן החלתו של הסדר המעמד האישי בדיני משפחה כחלק מהמשפט הישראלי – סיפור המבוסס כולו על נרטיב של המשכיות ושימור מצב קיים. הסיפור המקובל מתחיל בהסדר שהוא ירושה מן השלטון העות'מאני, אשר אומץ כמות שהוא על ידי השלטון המנדטורי, שלא רצה לשנות מן ההסדר הקיים, וההסדר המשיך ונקלט על ידי השלטון הישראלי, לכל היותר בשינויים קלים.<sup>38</sup> הסיפור המקובל מסווה את הבחירות האידאולוגיות שערך השלטון המנדטורי, ובהמשך השלטון הישראלי, בכינון הסדר המבוסס על דין אישי-דתי.<sup>39</sup>

מטרתה העיקרית של אגמון איננה לנתח את פסק הדין בבג"ץ הבוררת או להציע פרשנות לסעיף 130 בהסתמך על הניתוח ההיסטורי רחב ההיקף שהיא מציעה. אף על פי כן, היא מתייחסת במאמרה גם לשאלות אלו. כפי שמצוין בפסקי הדין של הערכאות השונות בבג"ץ הבוררת ובמאמרים האחרים בכרך זה, חוק המשפחה העות'מאני (או קוד המשפחה) נערך על בסיס מתודה של ליקוט כללים מהאסכולות הסוניות השונות (תח"ך) וצירופם בחוק אחד. לדברי אגמון, זהו הכלי העיקרי שבאמצעותו גישר המחוקק העות'מאני בין שתי מטרות מנוגדות, לכאורה: מחד גיסא, ביסוס החוק על דיני המשפחה השרעיים, ומאידך גיסא, הסרת מכשולים מובנים שדינים אלה הציבו בפני שיפור מעמדן של נשים במשפחה והשגת איזון מסוים ביחסי הכוח המגדריים בה. ליקוט זה של כללים גם היה, לדברי אגמון, מעין פיצוי על אובדן הפלורליזם שהיה כרוך במעבר לקודיפיקציה.

כפי שמבהירה אגמון, מרגע שנעשה המעבר לקוד ונבחרו החוקים הכלולים בו, "הפך המבחר הזה למאגר כללים בעל שלמות פנימית השונה מהותית ממאגר הכללים שאותם חוקים היו חלק ממנו קודם לכן".<sup>40</sup> לכן, מקורו של סעיף זה או אחר, האסכולה שממנה נשאב או דעת פוסק ההלכה ששימשה בסיס לאותו סעיף, כל אלה אינם צריכים להיות

38 גל אמיר "על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על המילת" מחקרי משפט ל 1 (2016); ברוך ברכה "מעמד האישי של חסרי עדה מוכרת" עיוני משפט א 156 (1971).

39 לחשיפת חלק מהאידאולוגיות הללו ולניתוח ביקורתי של הסיפור המקובל ראו למשל צבי טריגר "יש מדינה לאהבה: נישואין וגירושין בין יהודים במדינת-ישראל" משפטים על אהבה 173 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005).

40 אגמון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 149.

שיקול בהכרעה פרשנית בנוגע לאותו סעיף. אגמון מביעה אפוא תמיכה בבג"ץ ובעותרת, אשר דחו את טיעונו של בית הדין השרעי שלפיו יש להכריע בשאלת הבקשה למינוי בוררת-אישה לפי עמדת האסכולה המאלכית, משום שסעיף 130 מבוסס על פרקטיקה מאלכית.

המאמר החותם את הכרך הוא מאמרה של תהילה בארי-אלון,<sup>41</sup> ובו בוחנת בארי-אלון את ההשלכות האפשריות של בג"ץ הבוררת על בתי הדין הרבניים ועל שאלת מינוין של נשים לתפקידים שיפוטניים בתוכם. בחלקו הראשון של המאמר דנה בארי-אלון בעמדת הדין העברי בדבר כשירותן של נשים לתפקידי שיפוט. כפי שהיא מציינת, שאלה זו כבר נדונה בספרות המשפט העברי בכמה חיבורים מקיפים. עיקר החידוש במאמרה של בארי-אלון הוא בחלקו השני, שם היא מעלה את השאלה, האם בהליכי גירושין על פי הדין העברי יש כלל צורך בהרכב של בית הדין? בדיון זה בוחנת בארי-אלון את האפשרות שכלל הדעות ההלכתיות השוללות מינוי נשים לתפקידי דיינות אינן צריכות להעלות כל חשש, כיוון שניתן יהיה למנות נשים לבית הדין הרבני ולטעון כי ההלכה איננה דורשת הרכב הלכתי של שלושה דיינים, אם בכלל, בנושאים המצויים כיום בסמכותם של בתי הדין במדינת ישראל. דיון כזה הוא חדשני וטרם נערך בספרות. הוא מתבסס על תפיסת הדין העברי, הרואה את הליך הגירושין כמעשה פרטי בין בני הזוג.

סקירת העמדות ההלכתיות השונות בשאלות שבהן דנה בארי-אלון מובילה אותה לדון בשאלה המעשית של כפייה מצד בג"ץ למנות אישה לבית הדין הרבני. לכאורה, בבג"ץ הבוררת קבע בג"ץ כי כאשר בספרות הדתית המקובלת יש כמה עמדות פרשניות אפשריות, על בית הדין להעדיף גישות המתיישבות עם עקרון השוויון. בג"ץ יוכל לפיכך לקבוע כי קיומה של עמדה הלכתית המכשירה נשים לתפקידי דיינות, או עמדה המאפשרת לנשים לשבת על כס הדיינות במהלך דיונים בהליכי גירושין, מחייבות את בית הדין הרבני לבכר גישות אלו על פני העמדות השוללות את מינוין של נשים. לעניין זה מביעה בארי-אלון עמדה הדומה לעמדתו של זחאלקה ולפיה מן הראוי שבג"ץ לא יתערב באוטונומיה השיפוטית של בתי הדין הדתיים השונים ויאפשר להם להכריע לעניין התוכן הדתי של השאלות המובאות בפניהם. הוראה כופה מבחוח עשויה, לגישתה של בארי-אלון, להביא לתהליך הפוך של הקצנה ואנטגוניזם, ולכן מן הראוי להניח לשיח הפנימי שיפעל את פעולתו אף אם הדבר יארך זמן רב יותר.

מאז נכתב מאמרה של בארי-אלון, הסוגיה של שוויון מגדרי בתוך מערכת בתי דין הרבניים הגיעה לפתחו של בג"ץ בהקשר של האפשרות למנות אישה לתפקיד מנהל בתי הדין הרבניים.<sup>42</sup> בג"ץ קבע, בניגוד לעמדת הרבנים הראשיים, כי לא חל החריג בסעיף 7(ג)

41 נשים בתפקידי שיפוט בבית הדין הרבני: בחינה מחודשת נוכח פסיקת בג"ץ "משפחה במשפט ח 163 (2016–2017).

42 בג"ץ 8213/14 כהנא דרור נ' השר לשרותי דת (פורסם בנבו, 15.8.2017).

לחוק שיווי זכויות האישה התשי"א-1951,<sup>43</sup> כיוון שלא מדובר בתפקיד דתי אלא בתפקיד "מינהלי-אדמיניסטרטיבי בעיקרו ובמהותו".<sup>44</sup> משכך, יש לפרש את סעיף 13 לחוק הדיינים, התשכ"ט-1969,<sup>45</sup> הקובע שעל מנהל בית הדין הרבני להיות דיין או כשיר להיבחר כרב עיר, בצורה תכליתית שתאפשר גם נשים להתמנות לתפקיד.<sup>46</sup> עוד הוסיף בג"ץ וקבע כי יש לוודא שבקביעת דרישות התפקיד לא טמונים חסמים ומכשולים העלולים למנוע אפשרות אמיתית להתמודדותן של נשים לתפקיד מנהל בתי הדין. כמו כן, הוכר הצורך לוודא כי "מועמדותן של נשים לתפקיד תישקל על-ידי הנוגעים בדבר בלב פתוח ובנפש חפצה".<sup>47</sup>

לבסוף, חשוב לציין, כפי שעולה ממאמרה של פינטו, כי לחלק מהסוגיות העולות מעניין הבוררת והנדונות בכרך זה יש רלוונטיות, מעבר לנושא של שוויון מגדרי, לתחומים נוספים שבהם קיים מתח בין דת לבין זכויות אדם ליברליות בכלל ועקרון השוויון בפרט. דוגמה בולטת הינה השאלה העולה ממאמריהם של בטשון, זחלקאה ובארי אלון, הנדונה לעיל, בעניין האיזון הראוי בין כפייה מלמעלה לבין עידוד שינוי מבפנים בתוך מיעוטים דתיים או מערכות דתיות.<sup>48</sup> שאלה סבוכה זו התעוררה בשנים אחרונות בהקשרים שונים, כגון פטור מלימודי ליבה בישיבות קטנות<sup>49</sup> וגיוס בני ישיבות.<sup>50</sup>

אם כן, אף על פי שהמוקד העיקרי של המאמרים המגוונים הרואים אור בכרך זה הוא דיון בהיבטים שונים של עניין הבוררת הנוגעים לנשים בקהילה המוסלמית בישראל, הם גם זורקים אור על המורכבות של יישום עקרון השוויון בתוך מיעוטים דתיים ומערכות דתיות בישראל בכלל. תקוותנו שליכון הטיעונים והעמקת התובנות בסוגיות רגישות אלה תתרום לספרות בנושא רב-תרבותיות ולחברה ישראלית כולה.

43 ס"ח 248.

44 בג"ץ כהנא דרור, לעיל ה"ש 42, פס' כג לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

45 ס"ח 68.

46 הקריטריונים למסלול נוסף שנקבע על ידי בג"ץ הם: (1) הוא תושב ישראל; (2) הוא בעל רישיון טוען רבני; או שהוא עורך דין בעל תואר שני במשפט עברי או בתלמוד; יתרון לעורך דין שהוא גם טוען רבני; (3) הוא בעל ניסיון של 7 שנים לפחות בהופעה בבתי הדין הרבניים; (4) מבחינת אופיו ואורח חייו הוא ראוי לשמש בתפקיד מנהל בתי הדין הרבניים. ראו בג"ץ כהנא דרור, לעיל ה"ש 42, פס' כו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

47 שם, פס' כה.

48 ראו למשל בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014), פס' 27 לדעתו של השופט עמית ופס' 19-20 לפסק דינו של השופט הנדל ובבג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012), פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל (דעת מיעוט).

49 בג"ץ רובינשטיין, לעיל ה"ש 48.

50 בג"ץ רסלר, לעיל ה"ש 48; בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 12.9.2017).

## בג"ץ הבוררת והביקורת השיפוטית על בתי דין דתיים : מבט לעתיד

מאת

### שירין בטשון\*

עתירה שהגישה אישה מוסלמית נגד סירובם של בית הדין השרעי לערעורים ובית הדין השרעי בטייבה למנות אישה כבוררת מחמת מינה בלבד הסתיימה בהכרעה המחייבת את בתי הדין השרעיים למנות אישה כבוררת. בהכרעה קבע בג"ץ כלל פרשני חשוב ותקדימי שלפיו לאור תכליתו של חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, מעמדו הייחודי והעקרונות שעליהם נשען, יש להעניק לחוק פרשנות מרחיבה ובה בעת ליתן לחריגים הקבועים בסעיפים 5 ו-7(ג) לו פרשנות מצמצמת. לצד זאת קבע בג"ץ כלל נוסף, המחייב את בית הדין הדתי לאמץ אסכולה מקובלת בדין הדתי אשר אינה פוגעת בעקרון השוויון ולהעדיפה על פני אסכולה אחרת שאינה מתיישבת עם עיקרון זה. השאלה שבה עוסק מאמר זה היא אם ההכרעות התקדימיות בבג"ץ הבוררת סוללות את הדרך בפני מינויה של אישה לתפקיד קאדית בבית הדין השרעי ולתפקידים שיפוטיים אחרים בבתי הדין הדתיים. טענתי המרכזית במאמר זה היא שמעבר להישג האדיר שמבטא פסק הדין בבג"ץ הבוררת עבור ציבור הנשים בכלל ועבור נשים מוסלמיות בפרט, בשבירת המונופול הגברי שהיה קיים בכל הנוגע למינויים של בוררים, יש בהכרעות התקדימיות בבג"ץ הבוררת כדי לסייע בצמצום הפגיעה בזכויות נשים בבתי הדין הדתיים.

- א. מבוא
- ב. דיני המשפחה בישראל ואפליית נשים
- ג. החריגים בחוק שיווי זכויות האישה
- ד. צמצום פרשנות החריגים שבחוק שיווי זכויות האישה
- ה. עקרון השוויון וחוק שיווי זכויות האישה: מסלולים מקבילים?
- ו. מינוין של נשים לתפקיד קאדיות
- ז. סיכום

\* עורכת דין, בעלת תואר LLM מאוניברסיטת תל אביב ותואר LLM נורת'ווסטרן, שיקגו, ארצות הברית. מלגאית של קרן פולברייט במסגרת תוכנית Hubert Humphrey בארצות הברית. בעלת ניסיון של למעלה מ-14 שנים בעריכת דין בישראל, לרבות בתחום דיני המשפחה ובתי הדין הדתיים המשרתים את המיעוט הפלסטיני בישראל, וייצגה את ארגון כיאן בעתירה נשוא מאמר זה.

## א. מבוא

ביום 27.6.2013 נתן בית הדין הגבוה לצדק החלטה המחייבת את בתי הדין השרעיים בישראל למנות נשים בוררות בהליכי גירושין, מכוח עקרון השוויון.<sup>1</sup> ההחלטה ניתנה כאמור בעקבות עתירה שהגישה אישה מוסלמית נגד בית הדין השרעי לערעורים וכנגד בית הדין השרעי בטייבה בשל סירובם לאפשר לה למנות אישה מטעמה כבוררת בהליך הגירושין הנדון בעניינה, מחמת מינה של הבוררת בלבד. סוגיית מינויה של הבוררת התעוררה במסגרת החלתו של סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני, החל בישראל,<sup>2</sup> המאפשר לגבר או לאישה להגיש תביעת גירושין בעילה של סכסוך בין הצדדים שאינו מאפשר את המשך קיומם של חיי הנישואין. על פי אותו סעיף, אם פונה אחד מבני הזוג לשופט וטוען לסכסוך כאמור, השופט ימנה בוררים<sup>3</sup> (אחד מצדו ואחד מצדה) אשר ישקיעו מאמצים להשכנת שלום בית בין הצדדים, ואם לא יצליחו, יגישו המלצה לגרש את הצדדים ויתייחסו לזכותה של האישה למוהר המאוחר הרשום בחוזה הנישואין. גברים ונשים עושים שימוש בעילת הגירושין הקבועה בסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני. ממחקרו של מוסא אבו רמדאן עולה כי בין השנים 1992–2003 אִפשר בית הדין השרעי לערעורים רפורמה בפרשנות הסעיף, וזו הפכה את הגירושין על פיו לאופציה קלה יחסית, לרבות עבור נשים.<sup>4</sup>

בכל הנוגע למינוי בוררים על פי סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני, בתי הדין השרעיים בישראל אפשרו מינויים של גברים בלבד, זאת עד שהגיעה העותרת בבג"ץ הבוררת וביקשה להפוך את החלטת בית הדין השרעי ולהורות על מינוי אישה בוררת מטעמה. בעתירה ייצגתי את הארגון הפמיניסטי "כייאן" בבקשה להצטרף כידיד בית משפט, במסגרת תפקידי אז כרכזת המחלקה המשפטית בארגון (להלן: בקשת ידיד בית המשפט). הבקשה להצטרף לעתירה כ"ידיד בית המשפט" נבעה מהרצון להציג עמדה ברורה ונחרצת נגד סירוב בית הדין השרעי למנות אישה כבוררת מחמת מינה בלבד, וכן מהרצון להתייחס לאי-חוקיותה של החלטה זו, השפעתה השלילית על מעמד האישה בכלל ותרומתה להמשך אפלייתן של נשים במערכת בתי הדין הדתיים בכלל ובית הדין השרעי בפרט.

- 1 בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 27.6.2013) (להלן: בג"ץ הבוררת).
- 2 חוק המשפחה המוסלמית (1917) (להלן: חוק המשפחה העות'מאני). ראו שלמה דב גוטוין ואהרן בן שמש המשפט המוסלמי במדינת ישראל 229 (1957).
- 3 ס' 130 קובע כאמור כי השופט ימנה בורר אחד מצד משפחתו של בן הזוג ואחד מצד בן משפחתה של בת הזוג, אולם אם לא נמצאו בוררים מבני המשפחות, או אלה אינם בעלי התכונות הנדרשות, ימנה השופט בוררים מתאימים שלא מבני המשפחה.
- 4 Moussa Abou Ramadan, *Divorce Reform in the Shari'a Court of Appeals in Israel (1992–2003)*, 13 ISLAMIC L. & SOC. 242 (2006).

השאלה שבה ארצה לעסוק במאמר היא השפעת ההכרעה בבג"ץ הבוררת על היקף ההתערבות בהחלטותיהם של בתי הדין הדתיים מקום שיש בו פגיעה בעקרון השוויון, תוך התייחסות לחריגים שבחוק שיווי זכויות האישה<sup>5</sup> ולהיקף תחולתם. האם החלתו של עקרון השוויון והפרשנות שבג"ץ נתן לחריגים שבחוק שיווי זכויות האישה סוללים את הדרך בפני מאבקים עתידיים באפליה נגד נשים בבתי הדין הדתיים? האם יש בהם כדי לסלול את הדרך למינוי של נשים לתפקידים שיפוטיים בבתי הדין הדתיים? אלה השאלות שמאמר זה ינסה להתמודד אתן ולדון בהן.

## ב. דיני המשפחה בישראל ואפליית נשים

בישראל קיים בתחום דיני המשפחה מבנה ייחודי, המעניק סמכות ייחודית לבתי הדין הדתיים לרון בענייני נישואין וגירושין,<sup>6</sup> לצד סמכויות מקבילות לבתי המשפט לענייני משפחה בנושאים הנלווים (מזונות, משמורת, רכוש ועוד).<sup>7</sup>

מקורה של מערכת השיפוט הנשענת על קיומם של בתי דין דתיים ושליטת העדות הדתיות בהסדרת ענייני הנישואין והגירושין של בני עדתם הוא בשיטת ה"מילט"<sup>8</sup>. שיטה זו הייתה נהוגה בתקופה העות'מאנית, נקלטה לאחר מכן על ידי המנדט הבריטי ואומצה על ידי מדינת ישראל.

שליטת העדות הדתיות בהסדרת ענייני הנישואין והגירושין ותחולתם של הדינים הדתיים יוצרות פגיעות קשות בזכויות אדם בכלל ובזכויות נשים בפרט. הפגיעה בזכויות נשים בתחום דיני המשפחה זכתה לכתיבה רבה בספרות המשפטית,<sup>9</sup> לעשייה ענפה וכתיבה של ארגוני נשים בתחום<sup>10</sup> וכן להתייחסותו של בג"ץ.<sup>11</sup>

5 ס' 5 ו-7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה, התש"א-1951, ס"ח 248.

6 סימן 51 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947.

7 חשוב לציין כי כללי הסמכות המקבילה שונים מעדה דתית אחת לאחרת וזאת בשל הוראות חוק שונות שמסדירות את סמכויותיה של כל אחת מהן. קצרה יריעתו של מאמר זה מלפרט את כלליה של הסמכות בנוגע לכל אחת מהעדות הדתיות המוכרות.

8 Millet – "המילטים" (פירוש המילה קהילה דתית) של מיעוטים נחלקו בתוכם פנימה לקבוצות-משנה אתניות, לשוניות ודתיות, ובדרך זו הוכללו במערכת כמה קווי שוני בנוהגי דת אבל לחברים בהם לא היו זכויות של מצפון או של התאגדות כלפי קהילותיהם שלהם (וכל אחד היה חייב להיות חבר בקהילה זו או אחרת) – מייקל וולצר על הסובלנות 26 (1999).

9 ראו לדוגמה פרנסס רדאי "על השוויון" משפטים כד 2, 241, 248 (1994). ראו גם דפנה הקר ורות הלפרין-קדרי "כללי ההכרעה בסכסוכי משמורת – על סכנותיה של אשליית הדמיון ההורי במציאות ממוגדרת" משפט וממשל טו 91, 160-162 (2013).

10 לדוגמה, שירין בטשון בתי הדין הכנסייתיים בישראל: מבט מגדרי (הוצאת כייאן – ארגון פמיניסטי, 2012), [www.goo.gl/E8qZrX](http://www.goo.gl/E8qZrX); שירין בטשון נייר עמדה: ציות זוגי בבתי הדין הדתיים (הוצאת כייאן – ארגון פמיניסטי, 2010).

בבג"ץ הבוררת, העומד במרכז מאמר זה, התייחסה השופטת עדנה ארבל, אשר דבריה הם עמוד השדרה של פסק הדין, לנושא הפגיעה בזכויותיהן ומעמדן של נשים, באומרה כך:

אחד התחומים הרגישים בהם נאלץ בית המשפט להתמודד עם אפליית נשים הוא זה הנושק או הנוגע ישירות לענייני הלכה, דת ומדינה. אכן, גם בתחום זה עמד בית משפט זה לא אחת על העיקרון האוסר להפלות נשים בשל מינן, וביטל החלטות הנגועות באפליה מסוג זה.<sup>12</sup>

בהמשך דבריה התייחסה השופטת ארבל באופן ממוקד לפגיעה בזכויות נשים בבתי הדין הדתיים:

כאשר אנו ממקדים מבטנו אל בתי הדין הדתיים הקושי מתעצם, שכן במוסדות אלו ישנה אפליה המובנית בתוך המערכת. זאת, בעיקר מעצם מינוי תפקידים שיפוטיים מקרב המין הגברי בלבד, מינויים אשר לכאורה מוגנים על ידי החוק, כפי שנראה בהמשך. לצד זאת נשמעות לא אחת טענות כי הדין הדתי עצמו יוצר פעמים רבות אפליית נשים, וכי למצער מבחינה תוצאתית ישנה פעמים רבות הטיה כלשהי לרעת הנשים בגופים אלו.<sup>13</sup>

לכך יש להוסיף את החריגים שהמחוקק בחר לכלול בחוק שיווי זכויות האישה, המבטאים אף הם את הפגיעה בזכויות נשים בתחום דיני המשפחה. בחריגים אלה יש הכרה ברורה של המחוקק בכך שבתחום זה, וכן בענייני נישואין וגירושין, לא תהיה עדיפות לעקרון השוויון על פני עקרונות דתיים והלכתיים,<sup>14</sup> כפי שאפרט בהמשך המאמר.

### ג. החריגים בחוק שיווי זכויות האישה

עיון בחוק שיווי זכויות האישה מעלה כי חרף מטרתו הרחבה "לקבוע עקרונות להבטחת שוויון מלא בין האישה לבין האיש, ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"<sup>15</sup> ומחויבותו לפעול להשוואת מעמדם של נשים לזה של גברים לפני החוק,<sup>16</sup> מכיל החוק בתוכו שני סייגים שמחריגים את תחולתו.

- 11 ראו לדוגמה בג"ץ 1129/06 פלוני נגד בית הדין השרעי לערעורים (פורסם בנבו, 5.6.2006); בג"ץ 9740/05 פלוני נ' בית הדין השרעי הגבוה לערעורים בירושלים (פורסם בנבו, 5.2.2006).
- 12 בג"ץ הבוררת, פס' 25 לפסק דינה של השופטת ארבל (ההדגשות הוספו).
- 13 פס' 27 לפסק דינה של השופטת ארבל, שם (ההדגשות הוספו).
- 14 ראו לדוגמה רדאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 253.
- 15 ס' 1 לחוק שיווי זכויות האישה.
- 16 ס' 1א, שם.



הסייג הראשון קובע כי החוק לא בא לפגוע בדיני האיסור וההיתר בנישואין ובגירושין.<sup>17</sup> הטעם להכללתו של הסייג הובא בדברי ההסבר להצעת החוק מטעם הממשלה:

האשה כאיש ראויה לכל פעולה משפטית, ואין מפלים אשה באשר היא אשה (סעיף 1). ישנן עדות שלפי דיניהן אין האשה ראויה לפעולות משפטיות מסוימות שהאיש ראויה להן; החוק המוצע בא לבטל הפליה זו. עם זאת נקבע שאין החוק המוצע בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין, כגון שגרורה אסורה על כהן, שהאיש הוא המקדש והאשה – המתקדשת, שהאיש הוא הנותן גט והאשה – מקבלת.<sup>18</sup>

הסייג השני קובע כי "הוראות חוק זה לא יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, ובכלל זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים".<sup>19</sup> בחירתו של המחוקק להכליל את שני הסייגים שלעיל בחוק שחרת על דגלו את עידוד השוויון בין המינים ומיגור האפליה נגד נשים היא בחירה מודעת ומכוונת. היא מעידה על הכרה בבעייתיות הטמונה בדינים הדתיים ועל פוטנציאל הפגיעה שלהם במעמד הנשים ובזכויותיהן ועל הדרתן של נשים ממילוי תפקידים בעלי השפעה בבתי הדין, לרבות ובמיוחד תפקידים שיפוטיים.

לכך התווספו גם הסתייגויותיה של מדינת ישראל בעת אשרור האמנה לביעורן של כל צורות האפליה נגד נשים (CEDAW) בשנת 1991,<sup>20</sup> הזהות לחריגים הקבועים בחוק שיווי זכויות האישה. חרף חלוף כ-26 שנים מאז אשרורה של האמנה והמלצותיהן החוזרות ונשנות של הוועדות השונות של האמנה לחזור בה מהסתייגויותיה,<sup>21</sup> מדינת ישראל אינה עושה כן. התוצאה היא שנכון להיום ההסתייגויות באמנה, כמו גם החריגים הקבועים בחוק שיווי זכויות האישה, עדיין שרירים וקיימים.

אין ספק כי עמדה זו של המדינה מכפיפה את עקרון השוויון לנורמות פטריארכליות ולנורמות דתיות. על ישראל, כמו כל מדינה דמוקרטית אחרת, להעדיף את ערך השוויון, בין

17 ס' 5, ש.ם.

18 הצעת חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, ה"ח 190, 191.

19 ס' 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה. סייג זה הוסף בחוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), התש"ס-2000, ס"ח 172.

20 האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979) (נכנסה לתוקף לגבי ישראל ב-1991) (להלן: אמנת ה-CEDAW).

21 ראו לדוגמה המלצות הוועדה בישיבותיה השונות כדלקמן: Concluding observation of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Thirty-third session, Article 26, Israel, 22 July, 2005, [www.goo.gl/rOmgQL](http://www.goo.gl/rOmgQL); Concluding observation of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Forty-eighth session, Article 9, Israel, 4 February, 2011, [www.goo.gl/gCjzXq](http://www.goo.gl/gCjzXq).

מכוח חובתה לקיים את השוויון על פי האמנה ובין מכוח הגנה על הזכויות החוקתיות, לרבות הזכות לשוויון, ולא להותיר את מלאכת ההגנה על זכויות נשים בידי בית המשפט בלבד.<sup>22</sup> בהמשך המאמר אסקור את הטענות שהועלו בבג"ץ הבוררת הנוגעות לחריגים הנזכרים ואעמוד על השפעת הכרעתו של בג"ץ על פרשנותם. שני הסייגים והשאלה על אודות תחולתם בעניין מינויה של בוררת בבית הדין השרעי היו ללא ספק מסלעי המחלוקת העיקריים בעתירה.

#### ד. צמצום פרשנות החריגים שבחוק שיווי זכויות האישה

על מנת להכריע בשאלת תחולתם של החריגים שבחוק, כאמור לעיל, נאלץ בג"ץ להתמודד עם שאלת מהות תפקידו של הבורר, שהייתה סלע מחלוקת בין הצדדים בעתירה וכן עניין שנוי במחלוקת בין אסכולות דתיות מוסלמיות שונות. טענתו העיקרית של בית הדין השרעי הייתה שעל פי האסכולה המאלכית, שממנה נשאב סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני, מעמדו של הבורר הוא כמעמד קאדי היושב בדין, ומכיוון שכך החלטתו סופית ואיננה בגדר המלצה. על פי אותה אסכולה חייב אפוא הבורר להיות גבר בלבד.

כפועל יוצא של כך קבע בית הדין השרעי כי מדובר בתפקיד שיפוטי ודתי, שעליו חל החריג הקבוע בסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה כאמור, המחריג מן החוק מינוי נשים לתפקידים דתיים ולתפקידים שיפוטיים בבתי הדין הדתיים. עוד נקבע כי תפקיד הבורר יכול להשפיע על דיני ההיתר והאיסור בגירושין, ולכן חל גם החריג השני הקבוע בסעיף 5 לחוק שיווי זכויות האישה, המחריג מן השוויון את דיני ההיתר והאיסור לנישואין ולגירושין.

בתגובת היועץ המשפטי לממשלה נטען כי החלטת בית הדין השרעי לאמץ את הפרשנות על פי האסכולה המאלכית (שאינה מאפשרת מינוי של אישה לתפקיד בוררת) נטועה באוטונומיה השיפוטית המסורה לבית הדין בכל הקשור להחלת הדין הדתי המהותי שבסמכותו, ולכן קרא לבג"ץ שלא להתערב בהחלטה. מנגד טענה העותרת כי בית הדין השרעי לא דבק בפרשנותו לסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני באסכולה המאלכית דווקא. היא הוסיפה וטענה כי המג'לה מבוססת על האסכולה החנפית, המאפשרת מינוי של אישה לתפקיד בוררת ואף לתפקיד קאדית, והצביעה על מינוין של שתי קאדיות שרעיות ברשות הפלסטינית.

בקליפת אגוז, ומבלי להיכנס לעומק המחלוקת הדתית בנושא, העיר בית הדין השרעי בפני בג"ץ כי שאלת מינויה של אישה בוררת שנויה במחלוקת בין חכמי הדת המוסלמית וכי יש אסכולות דתיות שמאפשרות מינוי של אישה לתפקיד בוררת.<sup>23</sup> לזאת יש להוסיף כי בהכרעתו

<sup>22</sup> Frances Raday, *Culture, Religion and Gender*, 1 INT'L J. CONST. L. 663 (2003)

<sup>23</sup> ראו גם הסיפה של פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל בבג"ץ הבוררת. זאת ועוד, גם היועץ המשפטי לממשלה הודה בקיומן של אסכולות אחדות, כאמור בתגובתו לבג"ץ.

הקודמת, בעניין חמזה,<sup>24</sup> הכריע בג"ץ בשאלת תפקידו של הבורר על פי סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני וקבע כי הבוררים פועלים כמיופי כוח של הצדדים, שכן המלצתם נתונה וכפופה להחלטתו של הקאדי היושב בדין; גישה זו מתיישבת דווקא עם האסכולה החנפית, המאפשרת מינוי של אישה לתפקיד בוררת ואף לתפקיד קאדית.

בג"ץ חמזה הוגש נגד בית הדין השרעי לערעורים, אשר פסק בניגוד להמלצת הבוררים. בג"ץ הכריע בשאלת תפקידם של הבוררים כאמור לעיל, בין היתר בהסתמך על מדיניותו של בית הדין השרעי ועל הפרקטיקה הנהוגה בו, אשר מהן עולה כי בית הדין מפעיל שיקול דעת ופוסק לעתים בניגוד להמלצת הבוררים.<sup>25</sup>

למרות כל האמור לעיל, בית הדין השרעי בחר להציג בבג"ץ הבוררת עמדה שלפיה בנוגע לפרשנות סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני דבק הוא דווקא באסכולה המאלכית – אסכולה המונעת את מינויה של אישה לבוררת ופוגעת בעקרון השוויון, הגם שעמדה לרשותו האסכולה החנפית, אשר בית הדין השרעי נוהג על פיה. בחירה זו מעלה שאלות ותהיות רבות, במיוחד בנוגע ליכולתם האמתית של בתי הדין הדתיים לקיים את עקרון השוויון. לאחר דיון בטענות הצדדים קבעה השופטת ארבל כי תפקיד הבורר איננו תפקיד דתי וגם לא תפקיד שיפוטי. ההחלטה ניתנה בהסתמך על הקביעה בבג"ץ חמזה בנוגע לתפקיד הבוררים,<sup>26</sup> וכן על כך שאין פגיעה בדיני ההיתר והאיסור בנישואין ובגירושין. כפועל יוצא קבעה השופטת כי החריגים שבחוק שיווי זכויות האישה<sup>27</sup> אינם חלים על מינויה של הבוררת.

לאחר דיון בפרשנות של שני החריגים לחוק שיווי זכויות האישה קבעה השופטת ארבל כי יש לפרש את החריג הקבוע בסעיף 5 לחוק כסעיף שכוון לחול על תוכן הדין הדתי עצמו בלבד ולא על בעלי הסמכות ליישם אותו;<sup>28</sup> כן קבעה כי את סעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה יש לפרש בצורה מצומצמת כך שיחול על נושאי תפקידים שיפוטיים בלבד, כגון דיינים או קאדים, ועליהם בלבד.<sup>29</sup>

24 בג"ץ 9347/99 חמזה נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים, פ"ד (2) 592 (2001).

25 שם, פס' 8 לדברי השופט אור: "אף ההלכה הפסוקה בתחום זה, כפי שיצאה מתחת ידיו של בית-הדין השרעי לערעורים, מלמדת כי זו הפרשנות הראויה לסעיף 130. בדיון שהתקיים בעניין זה בפנינו עלתה השאלה כיצד מיישם בית-הדין השרעי לערעורים את סעיף 130 לחוק. לבקשתנו, הביאו בעלי-הדין בפנינו פסקי-דין של בית-הדין השרעי ביושבו כערכאת ערעור על החלטות בתי-דין שרעיים אזוריים בפוסקם לפי סעיף 130, כפי שנעשה כאן. מפסקי-דין אלו, שפורסמו בקובץ 'אלכשאף' בהוצאת המרכז הבינתחומי בהרצליה, עולה כי בית-הדין השרעי לערעורים פסק באופן עקבי שהוא רשאי להתערב בפסקי-דין של בתי-הדין השרעיים האזוריים שניתנו לאחר החלטת בוררים אשר מונו לפי סעיף 130, ובמסגרת זו להתערב בהחלטת הבוררים".

לעיל ה"ש 24.

27 ס' 5 ו-7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה.

28 בג"ץ הבוררת, פס' 39 לפסק דינה של השופטת ארבל.

29 שם, פס' 42 לפסק דינה של השופטת ארבל.

השופטת ארבל הגיעה למסקנתה זו תוך קביעת כלל פרשני חשוב ותקדימי שלפיו לאור תכליתו של החוק, מעמדו הייחודי והעקרונות שעליהם נשען, יש להעניק לו פרשנות מרחיבה ובה בעת ליתן לחריגים פרשנות מצמצמת מתוך הנחה שתכליתן של הוראות החוק היא שלא לפגוע בעקרון השוויון.<sup>30</sup>

חיפוש בפסיקה שניתנה עד לבג"ץ הבוררת מעלה כי קביעה זו היא ראשונה מסוגה בכל הנוגע לפרשנויות החריגים הקבועים בחוק שיווי זכויות האישה, וכי רק במקרים בודדים עסק בג"ץ באופן ספציפי בתחולת החריגים או בפרשנותם<sup>31</sup> (זאת בניגוד לפסיקה הענפה הקיימת בתחום השוויון בין המינים).

חשיבותה של קביעה זו בכך שהיא מאפשרת את צמצום תחולתם של אותם חריגים ומונעת את הרחבתם. בכך עשויה לסייע אף היא בצמצום מרחב האפליה הקיים נגד נשים בבתי הדין הדתיים. קביעה זו חשובה גם נוכח המשקל הרב שבג"ץ מייחס לאותם החריגים בפסיקותיו השונות, כפי שיפורט בהמשך המאמר.

### ה. עקרון השוויון וחוק שיווי זכויות האישה: מסלולים מקבילים?

לאחר קביעתה כי החריגים הקבועים בחוק שיווי זכויות האישה אינם חלים ודינה של החלטת בית הדין השרעי להתבטל, ציינה השופטת ארבל, בטרם הענקת הסעד המשפטי, אפשרות נוספת לניתוח הסוגיה דרך החלתו של עקרון השוויון: "ייתכן שהיינו מגיעים לאותה תוצאה גם אם היינו מניחים שחוק שיווי זכויות האישה לא חל על המקרה דנן".<sup>32</sup>

השופטת ארבל מבססת את אמירתה על כך שעקרון השוויון בין המינים לא נולד בחוק שיווי זכויות האישה, אלא אך זכה בו לעיגון הצהרתי ומעשי שלו; עקרון השוויון נולד, לדבריה, כבר עם לידתה של המדינה.<sup>33</sup> כמו כן קבעה כי הפעלת הדין הדתי צריכה להיעשות תוך התחשבות בעקרון השוויון.

30 שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ארבל.

31 כך לדוגמה בבג"ץ 49/54 מלחם נ' השופט השרעי, עכו והמחוז, פ"ד ח 910 (1954), נדונה שאלת היחס בין האיסור על פוליגמיה, שנקבע אז בס' 8(א) לחוק שיווי זכויות האישה, לבין ס' 5 לאותו החוק, ובג"ץ נדרש למטרתו של ס' 5 ולהיגיון העומד מאחוריו, בקובעו כך: "כל כוונתו של סעיף 5 היא, לשמור ולהגן על אפליות משפטיות מסוימות מעין הללו דלעיל, הקיימות אם בהלכות האישות של דיני ישראל, ואם בהלכות האישות של איזו עדה דתית מוכרת אחרת" (ס' 8 לפסק הדין). דוגמה נוספת היא ד"נ 10/69 בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כח(1) 7 (1971) שעסק בהיתר שניתן לגבר לשאת אישה אחרת בשל סירובה של העותרת לקבל גט.

32 בג"ץ הבוררת, פס' 44 לפסק דינה של השופטת ארבל.

33 שם, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ארבל.

אמירתה של השופטת ארבל מאפשרת למעשה את החלת עקרון השוויון ללא בחינת תחולתם של החריגים לחוק שיווי זכויות האישה, שכן היא אינה מוגבלת לתחולתו של החוק כאמור.

המהלך המשפטי שנוקטת השופטת ארבל כדי להגיע לתוצאה הסופית (שחייבה את בתי הדין השרעיים למנות אישה בוררת) עשויה אפוא ליצור שני מסלולים מקבילים. האחד הוא מסלול הבוחן את ההחלטה לאור תחולתו של עקרון השוויון הכללי, שאינו מוגבל לחוק שיווי זכויות האישה ולחריגים המופיעים בו (להלן: מסלול עקרון השוויון); המסלול האחר בוחן את תחולתו של חוק שיווי זכויות האישה והחריגים בו (להלן: מסלול חוק שיווי זכויות האישה).

לכאורה ניתן היה לטעון שמדובר במסלולים חופפים, שכן הקביעה שחוק שיווי זכויות האישה הצהיר על דין קיים זה מכבר,<sup>34</sup> משמעה ששני המסלולים אמורים להחיל את אותו עיקרון, הלוא הוא עקרון השוויון.

הלכה למעשה, צעידה בכל אחד מהמסלולים המתוארים לעיל עשויה להוביל לתוצאה שונה. השוני העיקרי הוא שצעידה במסלול של חוק שיווי זכויות האישה יכולה הייתה להוביל לתוצאה של דחיית העתירה אילו התקבלה עמדת בית הדין השרעי שלפיה החריגים לחוק חלים, בעוד צעידה במסלול עקרון השוויון אינה מוגבלת לתחולת החריגים. במבחן התוצאה הסופית, הפעלת שני המסלולים יכולה להוביל לתוצאות דומות, כפי שהוכרע בבג"ץ הבוררת, אך באותה מידה היא יכולה להוביל במקרים אחרים לתוצאות משפטיות שונות ואף מנוגדות. האם אמירתה של השופטת ארבל יצרה למעשה שני מסלולים מקבילים שניתן לעשות בהם שימוש בתחום האפליה נגד נשים? אם כן, מהי משמעות קיומם של שני המסלולים, מהו היחס ביניהם וכיצד ישפיעו (אם בכלל) על מאבקים עתידיים נגד אפליית נשים בבתי הדין? מהו משקלם של החריגים הקבועים בחוק שיווי זכויות האישה, והאם קביעתה של ארבל מבססת למעשה (או מציעה) "מסלול עוקף" להם?

מפסיקה הקודמת של בג"ץ בתחום אפליית נשים עולה כי לכאורה ההכרעה שניתנה בבג"ץ הבוררת אינה שונה מהכרעותיו הקודמות של בג"ץ. כך, עניין פורז,<sup>35</sup> שעסק בסירוב למנות אישה באספה הבוחרת רב עיר, ועניין שקדיאל,<sup>36</sup> שעסק בפסילת אישה מלכהן כחברה במועצה הדתית בירוחם, התייחסו אף הם לעקרון השוויון לצד התייחסותם לחוק שיווי זכויות האישה. כבר אז ניתן היה לראות את האפשרות של שני המסלולים חולפת מול פניו של בג"ץ בבואו לדון באפליה נגד נשים ובנושאים הנוגעים לענייני הלכה ודת. בהצעתה של כבוד השופטת ארבל לצעידה במסלול של עקרון השוויון (לעומת מסלול חוק שיווי זכויות האישה) אין לכאורה חידוש רב. חרף העובדה שבעניינים פורז ושקדיאל עלתה האופציה להחלת שני

34 שם, פס' 29 לפסק דינה של השופטת ארבל.

35 בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988).

36 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988).

המסלולים, היא לא הוכרעה ונותרה בצריך עיון.<sup>37</sup> גם בבג"ץ הבוררת לא נקטה השופטת ארבל לשון חותכת וחד-משמעית, אלא התייחסה למסלול עקרון השוויון כ"הערה נוספת מעבר לדרוש לענייניו".<sup>38</sup>

עם זאת, לדעתי, ניתן לראות חידוש בקביעתה של השופטת ארבל (למרות לשונה המסויגת), שבה העניקה למסלול עקרון השוויון מקום מרכזי בקביעתה הסופית והתוותה כלל פרשני נוסף. כלל זה, המחייב את בית הדין הדתי לאמץ אסכולה מקובלת בדין הדתי אשר אינה פוגעת בעקרון השוויון על פני אסכולה אחרת שאינה מתיישבת עם עקרון השוויון, נוסח בזה הלשון:

יתכן שהיינו מגיעים לאותה תוצאה גם אם היינו מניחים שחוק שיווי זכויות האישה לא חל על המקרה דנן. בתי הדין הדתיים, ככל הערכאות השיפוטיות ורשויות השלטון, כפופים לעקרונות היסוד של השיטה, ובהם לעיקרון השוויון, אשר זכה ליישום עקבי של בית משפט זה בפסיקתו. כפי שציינתי, עיקרון השוויון בין המינים לא נולד בחוק שיווי זכויות האישה, אלא רק זכה לעיגון הצהרתי ומעשי שלו. לפיכך, הפעלת הדין הדתי צריכה להיעשות אף היא תוך התחשבות בעקרונות היסוד של השיטה בכלל, ובעיקרון השוויון בפרט, ככל שניתן במגבלות הדין הדתי עצמו. כפי שציין הנשיא ברק "קיים שוויון אף בתחולתו של עקרון השוויון" (עניין שקדיאל, בעמ' 278; כן ראו עניין בבלי, בעמ' 248). כך קובע אף חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" (סעיף 11). ההשלכה של קביעה זו לטעמי היא כי אם קיימת אסכולה מקובלת בדין הדתי המתיישבת עם עיקרון השוויון על בית הדין הדתי להעדיפה על אסכולה אחרת בדין הדתי שאינה מתיישבת עם עיקרון זה.<sup>39</sup>

קביעתה הפוזיטיבית של השופטת ארבל, המחייבת את בית הדין להעדיף פרשנות המתיישבת עם עקרון השוויון על פני זו שאינה מתיישבת עמו, היא קביעה תקדימית, המרחיבה את פוטנציאל ההגנה על זכויות נשים במקרים שבהם קיימת יותר מדרך פרשנית הלכתית אחת.

37 שם, ס' 9 לפסק דינו של השופט ברק: "כפי שציינתי, בפרשה שלפנינו אנו עוסקים בפירוש חוק לעניין מינוי מועצה דתית, ולעניין זה, די בעקרון השוויון המהווה חלק מ'האני מאמין' של מדינתנו. ההפניה לחוק שיווי זכויות האישה באה לביסוס נוסף של גישה, שניתן היה להגיע אליה גם בלעדי אותה הפניה. שאלה יפה היא, מה הדין, אם על-פי ראש אחד (עקרונות היסוד) מגיעים לתוצאה אחת ועל-פי ראש אחר (חוק שיווי זכויות האישה) לתוצאה אחרת. כאמור, אין לנו צורך להכריע בשאלה זו, ואני מבקש להשאיר בצריך עיון" (ההדגשה נוספה).

38 בג"ץ הבוררת, פס' 43 לפסק דינה של השופטת ארבל.

39 שם, פס' 44 לפסק דינה של השופטת ארבל (ההדגשה נוספה).

מובן שלצד הפוטנציאל הגלום בקביעה זו היא גם מעלה שאלות כגון: האם משמעות הקביעה היא חיובם של בתי הדין הדתיים במקרים עתידיים של אפליה נגד נשים להוכיח היעדרן של אסכולות או דעות דתיות בעלות פרשנות חלופית? האם הדבר מתיישב עם עקרון השוויון? האם המקור לקיומן של אסכולות או דעות דתיות חלופיות הוא רק דעתם של בתי הדין על אודות קיומן של אסכולות מקובלות, או שמא בית המשפט יאפשר למומחים חיצוניים בענייני דת להציג את חוות דעתם בפניו?

שאלה מתבקשת נוספת היא: אילו הגיע ארגון של נשים דתיות העוסק בפמיניזם דתי ומבקש להצביע על פרשנות חלופית אשר בית הדין הדתי אינו מכיר בה, האם בית המשפט יקבל אותה כראיה לקיומה של פרשנות המתיישבת עם עקרון השוויון?

התשובות לשאלות שלעיל הן כמובן מורכבות ועשויות להתברר במקרים עתידיים. מכל מקום, ניתן לומר שקביעה זו מוסיפה ללא ספק אתגר לארגוני הנשים ולעותרות הפוטנציאליות, אשר ירצו להמשיך ולהיאבק באפליה נגד נשים בבתי הדין הדתיים ובעניינים הנוגעים לדת ומדינה.

לסיכום הסוגיה של שני המסלולים המתוארים לעיל אטען כי למרות לשונה הזוהירה של השופטת ארבל בנוגע להחלתו של מסלול עקרון השוויון (כמסלול "עוקף" לחריגים שבחוק שיווי זכויות האישה), קביעתה להעדפת הפרשנות הדתית המתיישבת עם עקרון השוויון, לצד הקביעה של פרשנות מצומצמת של החריגים לחוק שיווי זכויות האישה (שני הכללים הפרשניים שהוצגו לעיל) עשויות לסייע בצמצום מקרי האפליה נגד נשים, שיוכלו לחסות תחת ההגנה של החריגים.

קריאה רציפה ומעמיקה של פסק הדין בעניין הבוררת, וכן של פסיקותיו הקודמות של בג"ץ במקרים של אפליית נשים, מובילה אותנו למסקנה שאכן יש פוטנציאל בצעידה במסלול עקרון השוויון. בג"ץ מייחס משקל רב לחריגים שבחוק שיווי זכויות האישה, והם עדיין מציבים מחסום כבד בדרך של הנשים לשוויון. תוך כדי סקירת נושא השוויון בין המינים מצינת השופטת ארבל כי נשים אינן יכולות להתמנות לתפקיד שיפוטי בבתי הדין הדתיים אף בחסותו של החוק.<sup>40</sup> הדבר מעיד על הכרתה בכך שהחריג הקיים בחוק שיווי זכויות האישה בסעיף 7(ג) לחוק הנו מחסום בפני המאבק באפליה נגד נשים:

כאשר אנו ממקדים מבטנו אל בתי הדין הדתיים הקושי מתעצם, שכן במוסדות אלה ישנה אפליה המובנית בתוך המערכת. זאת, בעיקר מעצם מינוי תפקידים שיפוטיים מקרב המין הגברי בלבד, מינויים אשר לכאורה מוגנים על ידי החוק.<sup>41</sup>

40 שם, פס' 27 לפסק דינה של השופטת ארבל.  
41 שם.

מסקנה דומה עולה גם מפסיקה הנוגעת לאפליית נשים בבתי הדין הדתיים, אף היא למרות אמירותיו של בג"ץ בעניין תחולתו של עקרון השוויון והעובדה שאינו מוגבל אך ורק לחוק שיווי זכויות האישה. ואולם, בפועל מייחס בג"ץ משקל רב לחריגים שבחוק שיווי זכויות האישה ומתקשה לבטל החלטות המנוגדות אליהם. לדוגמה, בעתירה של עמותת "מבוי סתום", העוסקת במינוי נשים לוועדה לבחירת דיינים,<sup>42</sup> קובעת השופטת ארבל כך:

בתי הדין הרבניים הם גופים הלכתיים גרידא, ומשזוהי דרישה הלכתית, לא יכולה להישמע כל טענה נגד מינוי דיינים גברים בלבד. יחד עם זאת, כידוע, בתי הדין הרבניים עוסקים בסוגיות רגישות של היחסים בין המינים ולהחלטותיו השפעה מכרעת על חיי המתדיינים. על רקע זה נשמעו לא אחת דברי ביקורת בהתייחס למצבים, לעיתים קשים ביותר, עימם מתמודדות נשים בעת התדיינות בפני בית הדין הרבני בענייני אישות ומשפחה. במצב זה דומה כי יש מקום "לאזן ולפשר בין שני הקטבים" במסגרת הוועדה למינוי דיינים, וזאת ראוי שיעשה על דרך של הסתייעות והתחשבות מיוחדת בהמלצתם של ארגוני נשים ביחס למינוי דיינים. המלצות אלה ראוי להן שתובאנה בחשבון יחד עם יתר השיקולים הצריכים לעניין ותקבלנה את המשקל המתאים להן, לצד יתר שיקולי הוועדה למינוי דיינים.<sup>43</sup>

קביעתה של השופטת ארבל מעידה על כך שהיא מתייחסת לחריג הנוגע לאי-מינוי נשים לתפקידים שיפוטיים כאל מחסום בלתי עביר, ולכן קובעת כי לכל הפחות, וכדי "לאזן בין הקטבים", יש לשמוע את המלצתם של ארגוני הנשים ביחס למינוי הדיינים. בג"ץ נוסף שעסק בשאלה של בחירת אישה לכהן בתפקיד מנהל בתי הדין הרבניים היה בעניין המרכז לקידום האישה.<sup>44</sup> בעניין זה נדחתה העתירה מטעמים דיוניים, ובכך נדחתה ההזדמנות להכריע בשאלת פרשנותו של סעיף 13 לחוק הדיינים.<sup>45</sup> הימנעותו של בג"ץ מלהכריע בסוגיית מינויה של אישה לתפקיד של מנהלת בתי הדין הרבניים, יש בה גם כדי להצביע על הקושי של בג"ץ לפרוץ את המסגרת החוקית הקיימת בסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה ולהתמודד עם שאלת מינוי של נשים לתפקידים בעלי השפעה בבתי הדין הדתיים.

42 בג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דיינים (פורסם בנבו, 3.6.2008) (ההדגשות נוספו).  
 43 שם, בפסק דינה של השופטת ארבל.  
 44 בג"ץ 151/11 המרכז לקידום מעמד האישה ע"ש רות ועמנואל רקמן נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 27.12.2011)  
 45 סעיף 13 לחוק הדיינים, התשט"ו-1955, ס"ח 68.



לסיכום, ההכרעות התקדימיות בבג"ץ הבוררת נותנות לבתי המשפט ולמחוקק כלים פוטנציאליים חדשים שבהם יוכלו להיעזר בהתמודדות עם אפליית נשים בבתי הדין הדתיים. הכלים יהיו שימושיים ביצירת שני המסלולים, זה של עקרון השוויון וזה של חוק שיווי זכויות האישה; הם גם יסייעו ביצירת שני הכללים הפרשניים האמורים, האחד בנוגע לפרשנות המצמצמת של החריגים לחוק שיווי זכויות האישה, והאחר בנוגע לחובתו של בית הדין לאמץ פרשנות דתית המתיישבת עם עקרון השוויון. שאלה מתבקשת היא – האם יש בכך לקרב אותנו להכרעה על אודות מינויה של אישה לתפקיד קאדית או דיינת?

### 1. מינוין של נשים לתפקיד קאדיות

האם לאור הערתו של בית הדין השרעי, שהאסכולה החנפית מאפשרת מינוין של נשים לתפקיד קאדיות,<sup>46</sup> ולאור הכרעותיו התקדימיות של בג"ץ הבוררת ניתן לומר כי נסללה למעשה הדרך בפני הכרעה המחייבת את מינויה של אישה כקאדית בבית הדין השרעי? אם התשובה לכך חיובית, כיצד יתייחס בג"ץ לשאלת החריג הקבוע בסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה ולמשקל שיינתן לו?

מחד גיסא, ניתן לומר כי מעמדן של החריגים הקיימים בחוק שיווי זכויות האישה והמשקל שבג"ץ מייחס להם, כמפורט לעיל, מקטינים את הסיכוי להכרעה. למרות קביעתו של בג"ץ הבוררת לפרשנות מצמצמת של החריגים, קשה יהיה להוציא מינוי נשים לתפקיד שיפוטני במובנו הטהור אל מחוץ לגדרי החריג. יש אפוא להניח כי מינוי נשים לתפקידים שיפוטניים בבתי הדין הדתיים יישאר לעולם גרעין קשה לפיצוח, זאת כל עוד קיימים החריגים הקבועים בסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה<sup>47</sup> והסתייגויותיה של המדינה לאמנת ה-CEDAW.<sup>48</sup> עם זאת, כשאין מדובר בתפקידים שיפוטניים או דתיים במובן הטהור ואין איסור הלכתי או דתי המונע מינוי נשים, יהיה סיכוי למהלך כגון זה לעבור בבג"ץ.<sup>49</sup>

לעניות דעתי, קביעותיו של בג"ץ הבוררת לצמצום פרשנות החריגים, לצד העדפת אסכולות קיימות המתיישבות עם עקרון השוויון, יש בהן כדי לצמצם את תחולת החריגים ולסייע בהוצאת תפקידים שאינם שיפוטניים או דתיים במובן הטהור מתחום תחולתם, ולכן לכל הפחות יש בהן

46 ראו ה"ש 23 והטקסט הצמוד לה.

47 בג"ץ הבוררת, פס' 42 לפסק דינה של השופטת ארבל: "לכאורה נראה כי יש לצמצם את פרשנות הסעיף לנושאי התפקידים השיפוטניים בבתי הדין הדתיים עצמם, ולהם בלבד, כגון לדיינים או לקאדים".

48 לעיל ה"ש 20.

49 ראו לדוגמה בג"ץ 6300/93 "המכון להכשרת טוענות בית דין" נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(4) 441 (1994).

יש בהן כדי לסייע בצמצום הפגיעה בנשים.

מאידך גיסא, ניתן לטעון כי לכאורה, מאחר שבעניין זה לא ייאלץ בג"ץ להכריע בניגוד להלכה המוסלמית ולאור קיומה של אסכולה המאפשרת מינויה של קאדית, לא רחוק היום שבו בג"ץ עשוי להורות על מינויה של קאדית מכוח עקרון השוויון. השערה זו מתיישבת עם פסיקתו של בג"ץ בנושא אפליית נשים וכן בענייני הלכה ודת, המעידה כי במקום שבו לא הייתה התנגשות בין עקרון השוויון לבין עקרונות הלכתיים, הכריע בג"ץ נגד אפליית נשים. כך לדוגמה, בעניין פורז<sup>50</sup> ושקדיאל<sup>51</sup> נשענו החלטותיו של בג"ץ על היעדר איסור הלכתי המונע בחירת נשים.<sup>52</sup> לכן, בהתבסס על קביעתו של בג"ץ הבוררת, המורה על העדפת אסכולה דתית קיימת המתיישבת עם עקרון השוויון, ולאור הודאתו של בית הדין השרעי שקיימות אסכולות כאמור בנוגע למינויה של אישה כקאדית, ניתן לטעון כי קביעה זו היא בעלת סיכויים טובים להתקבל. מסקנה דומה ניתן למצוא במאמר של פרופ' רדאי, שבו ציינה: "רק אם ניתן יהיה להראות שיש זרמים בהלכה המאפשרים מינוי דיינות, כפי שהיה בפסקי דין שקדיאל ופורז, יהפוך מהלך זה לבר סיכוי".<sup>53</sup>

בשנת 2001 הובאה לפתחו של בג"ץ שאלת מינויה של אישה לתפקיד קאדית בבית הדין השרעי. העותרת, מרים סלימאן-עומרי, הגישה את מועמדותה לתפקיד קאדית בפני הוועדה למינוי קאדים, אך ועדת המינויים החליטה שלא לאשר את מועמדותה. בעקבות זאת הגישה סלימאן-עומרי עתירה לבג"ץ, ואליה הצטרפו ארגונים פמיניסטיים.<sup>54</sup> בעתירתה נטען כי יש למנות אישה לתפקיד קאדית לצורך הגשמתם של עקרון השוויון ועקרון הייצוג ההולם בין שני המינים בשירות המדינה, אולם בג"ץ דחה את העתירה מבלי להכריע בשאלות העקרוניות שעלו ממנה. בלי להרבות במילים קבע בג"ץ כי כיוון שמועמדותה של העותרת נשקלה לגופה על ידי הוועדה, לא עולה הצורך בדיון בשאלת האפליה בין המינים, אך לצד זאת הזכיר את החרוג הקבוע בסעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה.

האם בחינת מועמדותה של העותרת על ידי הוועדה יכולה להתפרש כהוכחה על היעדר מיניעה דתית למינויה של קאדית על פי הדין השרעי? האם ההכרעות התקדימיות בבג"ץ הבוררת, שפורטו בהרחבה לעיל, והכלל הפרשני המחייב את בתי הדין השרעיים לאמץ פרשנות דתית מקובלת המתיישבת עם עקרון השוויון, יש בהם כדי להפוך עתירה של אישה מוסלמית המבקשת להתמנות לקאדית למקרה הצלחה עתידי בבג"ץ?

50 לעיל ה"ש 35.

51 לעיל ה"ש 36.

52 רדאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 252-254.

53 שם.

54 בג"ץ 1008/01 זועבי עובייד, עו"ד נ' השר לענייני דתות, יוסי ביילין, פ"ד נה(3) 857 (2001).

בעודי כותבת מאמר זה התפרסמה הידיעה על אודות מינויה של עו"ד הנא חטיב לקאדית הראשונה בתולדות ישראל שתכהן בבית הדין השרעי.<sup>55</sup> בג"ץ לא ייאלץ אפוא להידרש לסוגיה זו.

זהו מקרה מעניין שבו בתי הדין השרעיים – אשר התנגדו למינויה של בוררת אישה בעתירה בבג"ץ וניהלו מאבק משפטי עיקש המלווה בטענות המונעות מנשים לכהן בתפקידים שיפוטיים או מעין-שיפוטיים בבתי הדין השרעיים תוך הסתמכות על אסכולות דתיות שמרניות – הם אותו בית דין שרעי אשר תמך במינויה של הקאדית הנא חטיב. נראה שהצלחתו של בג"ץ הבוררת עבור נשים מוסלמיות מתבטאת בהתוויית הדרך למינויה של הקאדית הראשונה בתולדות המדינה ובהסרת החסם הדתי לכאורה המונע מינוין של נשים מוסלמיות לתפקידים שיפוטיים בבית הדין השרעי.

כאן המקום לשאול את השאלות הבאות: האם מאבקן של הנשים המוסלמיות עשוי לסייע בפתיחת שעריהם של שאר בתי הדין הדתיים הקיימים בישראל בפני מינוין של נשים דיינות? האם וכיצד יוכל בג"ץ להתגבר על טענות הלכתיות ודתיות המונעות נשים מלכהן בתפקידים שיפוטיים? והשאלה המכרעת היא: האם ועד כמה יישמר המונופול הפטריארכלי-דתי של בתי הדין הדתיים בהשמעת אותן טענות הלכתיות, ובאיזו מידה יהיה בג"ץ מוכן לפתוח את דלתותיו לשמיעת טענות שונות ממומחים ומומחיות בדת אשר אינם נמנים עם אלו המכהנים בבתי הדין הדתיים?

## ז. סיכום

בג"ץ הבוררת עסק בחוקיות סירובו של בית הדין השרעי למנות אישה בוררת מחמת מינה בלבד. לא היו נימוקים נוספים שעליהם נשען בית הדין השרעי בסירובו, מלבד קביעתו שהאסכולה שאותה שהוא מאמץ בפרשנות סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני אינה מאפשרת מינויה של אישה לתפקיד. עם זאת, בית הדין השרעי הצביע בעצמו על אסכולות אחרות שאינן פוגעות בעקרון השוויון והמאפשרות את מינוין של נשים לתפקיד. בדונו בעתירה העומדת מולו עשה בג"ץ ככרת דרך להגנה על זכויותיהן של נשים וחייב בסופו של דבר את מינויה של אישה בוררת לאור עקרון השוויון. השופטת ארבל הגיעה לתוצאתה הסופית תוך שימוש (אופציונלי) בשני מסלולים מקבילים, האחד מחיל את עקרון השוויון והאחר מחיל את חוק שיווי זכויות האישה והחריגים לו. טענתי היא שהשימוש בשני המסלולים מוליד שתי קביעות חשובות בפסק הדין, אשר השילוב ביניהן עשוי להוביל לצמצום תחולתם של החריגים לחוק שיווי זכויות האישה במקרים

55 טובה צימוקי "היסטוריה: אישה מונתה לקאדית בבית הדין השרעי" Ynet 25.4.2017  
[www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4953581,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4953581,00.html)

של אפליית נשים בבתי הדין. אין ספק כי כל עוד לא מתבטלים החריגים האלה, ועמם הסתייגויותיה של המדינה באמנת ה-CEDAW<sup>56</sup>, וכל עוד נשים מודרות מתפקידים שיפוטניים או בעלי השפעה בבתי הדין הדתיים, תימשך אפלייתן של נשים בבתי הדין הללו ונשים ימשיכו להיות נתונות לשליטה פטריארכלית בעניינים מרכזיים של חייהן הסוציו-כלכליים.<sup>57</sup>

סבורתני שדרך המלך למאבק באפליית נשים בתחום היא כינונה של מערכת אזרחית אחת משותפת לנישואין וגירושין<sup>58</sup> וביטול המונופול הדתי הקיים בהסדרת ענייני נישואין וגירושין.<sup>59</sup> ואולם, כל עוד לא מושגת מטרה זו וכל עוד נשים נאלצות להתמודד עם קיומם של החריגים בחוק שיווי זכויות האישה, נראה כי קביעותיו של בג"ץ בעניין הבוררת יכולות לסייע לכל הפחות בצמצום תחולתם של חריגים אלה; סיוע זה מתבטא הן בקריאה לפרשנות מצמצמת שלהם, הן בפיתוחו של שיח עקרון השוויון כמסלול מקביל לחוק שיווי זכויות האישה ונפרד ממנו והן בהעדפתן של אופציות פרשניות דתיות שמתיישבות עם עקרון השוויון.

לזאת יש להוסיף את ההישג האדיר שמבטא בג"ץ הבוררת עבור ציבור הנשים בכלל ונשים המתדיינות בבתי הדין השרעיים בפרט: שבירת המונופול הגברי שהיה קיים בכל הנוגע למינויים של בוררים ויצירת אפשרות בחירה עבור נשים מתדיינות (וגם עבור גברים) לבחור את זהות הבורר מטעמן. לאפשרות בחירה זו משמעות חשובה מאוד במציאות שבה אין לנשים אפשרות בחירה ביחס לסמכותו של בית הדין השרעי לדון בעניין גירושיהן,<sup>60</sup> וביתר שאת, מקום שבו המכריעים הסופיים בעניינן הם עדיין ברובם קאדים גברים.

56 לעיל ה"ש 20.

57 רדאי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 281.

58 ראו גם פנחס שיפמן ואבישלום וסטרייך נייר עמדה: מסגרת אזרחית לנישואין וגירושין בישראל (ארגון מציל"ה, רות גביון עורכת, 2012), [www.metzilah.org.il/1140](http://www.metzilah.org.il/1140).

59 שיפמן וסטרייך מציעים, למשל, את כינונה של מערכת אזרחית לנישואין וגירושין ויצירת דין אזרחי אחד על ידי המדינה, תוך מתן לגיטימציה לריבוי טקסים דתיים ושאינם דתיים. אלה הבוחרים להינשא בנישואין דתיים, יוכלו גם לבחור להמשיך להתדיין בענייני נישואין וגירושין בבתי דין דתיים, בכפוף למחויבות בית הדין לעקרונות היסוד האזרחיים בדיני הרכוש לשוויון בזכות הגירושין. ראו שם, בעמ' 53-71.

60 לבית הדין השרעי סמכות ייחודית ובלעדית לדון בענייני נישואין וגירושין של בני העדה המוסלמית. ראו סימן 52 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947.

## היברידיות משפטית וליברליזם פטריארכלי: האישה כבוררת בבתי הדין השרעיים

מאת

מוסה אבו רמזאן\*

מערכת ההיברידיות המשפטית מביאה לביצורו של ליברליזם פטריארכלי. יש התפתחות בכיוון הליברלי, אך גם חסמים ומחסומים המונעים התקדמות לשוויון המלא. ההיברידיות המשפטית אומנם גורמת להחדרת נורמות ליברליות, אבל גם משמרת מאפיינים פטריארכליים. כדי להמחיש טיעון זה, אתמקד במאמר בדוגמה אחת המתייחסת לבעיית מינויה של אישה כבוררת בהליך בורות בין בני זוג בעניין "ריב וסכסוך" בבית הדין השרעי. דוגמה זו יש בה כדי ללמד כיצד בית הדין השרעי פועל תחת לחץ של מערכת שיפוטית אזרחית חילונית, וניתן לראות כי מערכת של היברידיות משפטית גורמת לריבוי שיחים שאובים ממערכת נורמטיביות שונות, וכי השחקנים השונים מנסים לנווט את השיח כדי שישורת את האינטרס שלהם. ההיברידיות המשפטית אינה רק שילוב וערבוב של שיטות משפטיות, אלא בכל שיטה משפטית יש פרשנויות שונות, וזאת גם אם נדבר רק על המשפט ה"פורמלי" והמשפט בספרות. לאמיתו של דבר, מאחר שהספרים אינם "מדברים", יש צורך בכך שמישהו יקרא ויישם את האמור בהם, וברגע הפרשנות והיישום יש טרנספורמציה ואינספור גורמים המשפיעים על התוצאה.

- א. סקירה היסטורית
- ב. הדין החל
- ג. ליברליזם פטריארכלי
- ד. מינוי אישה כבוררת בבתי הדין השרעיים
- ה. פרשת האישה כבוררת
- ו. בית הדין השרעי בטייבה
- ז. עמדת בג"ץ
  1. עניין עלי חמזה
  2. בג"ץ מואסי

\* מרצה בכיר, הקריה האקדמית אונו.

**ח. הדין הקלסי**

1. הדין המאלכי
2. הדין החנפי
3. הדין השאפיעי
4. הדין החנבלי

**ט. החברה האזרחית**

1. ניסיונה של עמותת "ניסאא ואאפאק"
2. תגובת כיאן
3. מרכז קונקורד

**י. החלטתו השנייה של בית הדין השרעי לערעורים****יא. בג"ץ פלונית****יב. סיכום****א. סקירה היסטורית**

שיטת המילת (Millet) העות'מאנית העניקה סמכות שיפוט וסמכות חקיקה לעדות דתיות מוכרות בענייני מעמד אישי, בענייני הקדש וארגון עדתי. לעדות הדתיות השונות ניתנו מרחבים אוטונומיים שונים. לעדה היוונית האורתודוקסית ניתנה אוטונומיה מוסדרת, ואילו לעדות הדתיות הקתוליות ניתנה אוטונומיה אישית מלאה ואף מוגנת במישור הביין-לאומי. באותה עת היו המוסלמים את הרוב ובתי הדין השרעיים היו בתי דין ממלכתיים, עד שבשנת 1917, עם עלייתם של הבריטים לשלטון, הם ניתקו את המוסלמים מהאימפריה העות'מאנית, הקימו מועצה מוסלמית לשריעה שנקראה "המועצה המוסלמית העליונה" וכן בית דין שרעי לערעורים. באוקטובר 1919 החילו הבריטים את חוק המשפחה העות'מאני<sup>1</sup> על המוסלמים בפקודה זאת, אף על פי שב-1918 אסרו על המוסלמים להחיל את חוק המשפחה העות'מאני.<sup>2</sup> מאוחר יותר, בדבר המלך במועצתו משנת 1922, שהיה החוק העליון לתושבים ואזרחים במסגרת המנדט הבריטי על פלשתינה, הוסיפו הגבלה נוספת בכך שייחדו את סמכותם של בתי הדין השרעיים אך ורק למוסלמים, הן בנוגע למוסלמים תושבי המדינה והן למוסלמים שעל פי

1 חוק המשפחה המוסלמית (1917) (להלן: חוק המשפחה העות'מאני).

2 "Article 4. Moslem Religious Courts will be established in such kazas of the Sanjak of Nablus and Acre as the Senior Judicial officer may appoint. The jurisdiction and law and procedure of these courts shall be as they were before the promulgation of the Ottoman Laws of 25 th October, 1333 (1917), concerning Family Rights and concerning procedure in the Religious Courts; provided that any cases heard or pending before the Courts at the time of the occupation in virtue of the said laws shall be deemed to have been validly entered"; 1 NORMAN BENTWICH, COMP. LEGISLATION OF PALESTINE, 1918-1925, 612-613 (1926).

הדין החל בארצם מחילים את הדין המוסלמי. מדינת ישראל שימרה, עם הקמתה, את המצב הקיים, אלא שהלכה למעשה רוקנה את המערכת השרעית, במיוחד באי-ארגון מחדש של העדה המוסלמית וצמצומה אך ורק לפן השיפוטי. מתוך כך, סמכותם של בתי הדין השרעיים צומצמה בכמה תחומים. כך למשל, בחוק נכסי נפקדים בוטלה סמכותם של בתי הדין השרעיים על נכסי הקדש של נפקדים, ובנוגע לירושה ניתנה סמכות לבתי הדין אך ורק בהסכמת כל הנהנים מחוק הירושה, זאת גם אם אדם נפטר לפני 1965, השנה שבה נחקק החוק, אולם התביעה מוגשת לאחריה. מלבד אלה צומצמו בהדרגה סמכויות בית הדין השרעי והוקבלו לאלה של ערכאות אזרחיות. כך למשל, בענייני מעמד אישי הייתה לבתי הדין השרעיים סמכות בלעדית, עד שבנובמבר 2001 הקנה המחוקק הישראלי לבתי המשפט לענייני משפחה סמכות בכל הקשור לענייני מעמד אישי של מוסלמים, למעט נישואין וגירושין.<sup>3</sup>

## ב. הדין החל

החוק העיקרי שחל על המוסלמים בישראל הוא עדיין חוק המשפחה העות'מאני משנת 1917, ובמקרה של לקונה ישלים הקאדי את החסר תוך שימוש בקוד של קדרי פאשה. ואולם, יש חוקים המופנים לבתי הדין הדתיים, ובכללם לקאדים, כמו חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות,<sup>4</sup> חוק שיווי זכויות האישה,<sup>5</sup> חוק גיל נישואין<sup>6</sup> וחוק יחסי ממון בין בני זוג.<sup>7</sup> בנסיבות חוקים אלה, גם אם מדובר בסמכות הקיימת לבית הדין השרעי, הוא חייב להחיל את הכללים שנקבעו בחוק האזרחי. נוסף על כך, בתי הדין השרעיים כפופים לביקורתו של בג"ץ, אשר יבחן אם הם מיישמים את החקיקה המופנית אליהם מפורשות או מתעלמים ממנה. בג"ץ גם יעניק פרשנויות לחקיקה החלה על בתי הדין השרעיים. נוסף על הביקורת על המערכת השרעית מלמעלה, לבתי המשפט לענייני משפחה יש כאמור סמכות בענייני מוסלמים למעט נישואין וגירושין, וכאשר הם דנים בעניין שהובא לפנייהם, ידונו לפי הפרמטרים של החוק האזרחי. כך למשל, החזקת ילדים תידון על פי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, החל

3 לעניין הסמכות ראו Moussa Abou Ramadan, *Islamic Legal Reform: The Alimony of Muslim Wife in the Shari'a Court of Appeals*, 4 HAWWA: J. WOMEN MIDDLE EAST & ISLAMIC WORLD 29 (2006). לעניין היעדר הארגון העדתי וחוסר אוטונומיה למוסלמים ראו Moussa Abou Ramadan, *Notes on the Anomaly of the Shari'a Field in Israel*, 15 ISLAMIC L. & SOC'Y 84 (2008). לדעה שונה הטוענת לקיומה של אוטונומיה למוסלמים ראו Ido Shahar, *Legal Pluralism Incarnate: An Institutional Perspective on Courts of Law in Colonial and Postcolonial Settings*, 65 J. LEGAL PLURALISM 133 (2012).

4 התשכ"ב-1962, ס"ח 120.

5 התש"ם-1951, ס"ח 248.

6 התש"י-1950, ס"ח 286.

7 התשל"ג-1973, ס"ח 267.

גם בבתי הדין השרעיים. כאשר ידונו במזונות ילדים ובמזונות אישה, הם אמורים לדון על פי הדין המוסלמי החל על המוסלמים בישראל, וזה הדין החנפי. המגמה האמורה הולכת ומחלישה את בתי הדין השרעיים גם בעניינים שטרם הוסדרו בחקיקה. כך למשל, שופט בבית המשפט לענייני משפחה לעולם יחיל את דיני הראיות והפרוצדורה האזרחית הישראלית,<sup>8</sup> בעוד מבחינת הדין המהותי שומה עליו להחיל את הדין החנפי.<sup>9</sup> גם כאשר מדובר בסמכויות ייחודיות בענייני נישואין וגירושין, החקיקה הישראלית המתגבשת נוגסת באופן נרחב בכוחו של הדין השרעי, עד כדי הדחיקתו. כך, יש חקיקה ישראלית, כגון גיל נישואין,<sup>10</sup> הפללת הביגמיה,<sup>11</sup> ובנוגע לגירושין יש הפללה של גירושין חד-צדדיים,<sup>12</sup> אולם גם קיימת אפשרות לפרשנות של בג"ץ להוראות חוק המשפחה העות'מאני. גם בתחומים שלבתי הדין השרעיים יש בהם סמכות ייחודית יש אפוא התערבות הן של החקיקה והן של הפסיקה. נוסף על כך, בעניינים של גירושין כאשר אחד מבני הזוג מוסלמי והאחר אינו מוסלמי, נתונה סמכות לבתי המשפט לענייני משפחה.

בשל כל אלה, המערכות האזרחיות ובתי הדין השרעיים הינם אתר מרתק ללימוד ההיברידיזציה המשפטית<sup>13</sup> הקיימת הן בבתי הדין השרעיים גופם, בעניינים שבהם קנויה להם סמכות ייחודית, והן בבתי המשפט לענייני משפחה, המחילים נורמות מהמשפט המוסלמי והישראלי.

הטיעון המרכזי שלי במאמר זה: מערכת ההיברידיזציה המשפטית מביאה לביצורו של ליברליזם פטריארכלי. יש התפתחות בכיוון הליברלי, אך גם חסמים ומחסומים המונעים

- 8 "למרות שהצדדים משתייכים לעדה המוסלמית, והשריעה מכירה במוסד מזונות זמניים (שבערבית הם נקראים נפקה מואכטה), אלא שתחולת הדין האישי היא במישור החלת ההוראות המהותיות בלבד, והדרך הדיונית היא לפי תקנות סדר הדין האזרחי ולא לפי הוראות חוק המשפחה העות'מאני" (השופט מאזן דאוד בכש"א (משפחה קר') 791/08 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 31.3.2008)). יש לציין שהראיה היחידה שהשופט נתן כדי להצביע על קיומם של דינים זמניים היא השימוש בביטוי "נפקה מואכטה". בספרות ההלכתית אין אזכור למילים אלה.
- 9 ראו ע"פ 353/62 אל-פקיר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(4) 200, 221 (1964); דבריו של השופט ריבלין בת"פ (מחוזי ב"ש) 140/83 מדינת ישראל נ' אלצראיעה, פ"מ התשמ"ו(2) 336, 342 (1985): "הדין הדתי, הנוהג אצל מוסלמים במדינת ישראל הוא דין האסכולה הח'אנפית. אסכולה הלכתית זו השלטת אצל רוב המוסלמים של תת היבשת ההודית, היתה האסכולה הרשמית גם באימפריה העות'מאנית ונשארה בעמדה זו גם במדינת ישראל"; פסיקה של בית המשפט לענייני משפחה בכש"א 791/08, לעיל ה"ש 8.
- 10 לעיל ה"ש 6.
- 11 ס' 176 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.
- 12 ס' 181 לחוק העונשין.
- 13 למוסג זהה ראו Seán Patrick Donlan, *To Hybridity and Beyond: Reflections on Legal and Normative Complexity*, in MIXED LEGAL SYSTEMS, EAST AND WEST: NEWEST TRENDS AND DEVELOPMENTS (Vernon ed., Forthcoming); Seán Patrick Donlan, *The Mediterranean Hybridity Project: at the Boundaries of Law and Culture*, 4 J. CIV. L. STUD. 355 (2011).



התקדמות לשוויון המלא. אמנם ההיברידיות המשפטית גורמת להחדרת נורמות ליברליות, אך היא גם משמרת מאפיינים פטריארכליים. הטיעון אינו שהמשפט המוסלמי הוא במהותו פטריארכלי או המשפט הישראלי במהותו ליברלי. בנושאים רבים המשפט המוסלמי התפתח ואימץ נורמות ליברליות. בית הדין השרעי לערעורים בעצמו אימץ נורמות ליברליות אף בניגוד לדין הקלסי. ואולם, הן בית הדין השרעי והן בתי המשפט האזרחיים נרתעים מלעבור לגישה ליברלית מלאה: לדידו של בית הדין השרעי, הסממנים הפטריארכליים הם בטוחה לשמירה על זהותו ומניעת בנליזציה של בית הדין השרעי והפיכתו לבית דין כמו ה"אחר". לדידם של בתי המשפט האזרחיים, הם מחויבים על פי דין להחיל את המשפט המוסלמי החנפי הקלסי (הכוונה לספרות של הפקה החנפי), וכדי שיהיה משפט מוסלמי עליו להיות בהכרח דין אחר ושונה מדיני משפחה. סקירת הפסיקה עד כה מעלה כי גם כאשר פסקו שופטי בית המשפט לענייני משפחה לפי הדין החנפי, הם ניסו לרכך את הכללים הקלסיים, אלא שבתוך כך שמרו על המתכונת הפטריארכלית. בית המשפט העליון, לעומת זאת, מנווט בין הליברליזם ובין מגבלות הכללים הפטריארכליים.

כדי להמחיש טיעון זה אתמקד להלן בדוגמה אחת, המתייחסת לבעיית מינויה של אישה כבוררת בהליך של בורות בין בני הזוג בעניין "ריב וסכסוך" בבית הדין השרעי. דוגמה זו יש בה כדי ללמד כיצד בית הדין השרעי פועל תחת הלחץ של מערכת שיפוטית אזרחית חילונית. ניתן לראות בה את האופן שבו מערכת של היברידיות משפטית גורמת לריבוי שיחים השאובים ממערכת נורמטיביות שונות והשחקנים השונים מנסים לנווט את השיח כדי שישירט טוב יותר את האינטרס שלהם. ההיברידיות המשפטית אינה רק שילוב וערבוב של שיטות משפטיות, אלא בכל שיטה משפטית ישפרשנויות שונות, וזאת, גם אם מדובר רק במשפט ה"פורמלי" והמשפט בספרים. מאחר שהספרים אינם "מדברים", יש צורך בכך שמישהו יקרא ויישם את הכתוב בהם, וברגע הקריאה והיישום יש טרנספורמציה ואינספור גורמים המשפיעים על התוצאה.<sup>14</sup>

### ג. ליברליזם פטריארכלי

למושג פטריארכליות יש הגדרות שונות ודרכים רבות לתארו, אבל אלמנט המשותף לכולן הוא שליטה גברית על האישה וכפיפות האישה.<sup>15</sup> המשפט המוסלמי הקלסי מעניק לבעל סמכויות. הוא יכול לשלוט על תנועות אשתו; הוא יכול להינשא לכמה נשים (עד ארבע), אפשרות המהווה איום מתמיד על האישה, שיכולה להינשא רק לגבר אחד; אם נשכח לרגע את האפשרות שיהיו לו שפחות ללא הגבלה, הוא אף יכול לעשות שימוש באלימות כנגדה.

Baudouin Dupret, *Droit et Sciences Sociales. Pour une Respécification Praxéologique*, 75 14  
DROIT ET SOCIÉTÉ 315 (2010–2012).

.Veronica Beechey, *On Patriarchy*, 3 FEMINIST REV. 66 (1979) 15

תנועותיה של האישה מוגבלות; כדי שתזכה במזונות עליה להיות מרותקת לבית בעלה או לאפשר לו קיום יחסי מין. לאב יש אפטרופסות על ילדיו הן לצורך ניהול רכושם והן לצורך נישואין. הבעל גם יכול לפרק את הנישואין ללא הסכמת האישה ואף ללא ידיעתה. מנגד יש לגבר, בין שהוא אב או בעל, חובות רבות: עליו לשלם מזונות לאשתו ולילדיו ולשלם את המוהר בחוזה הנישואין. אינני טוען כמובן שהחברות המוסלמיות עבדו בתוך המסגרת המתוארת, שהמודל הפטריארכלי הוא מאפיין אסלאמי או שמדובר בהמצאה מאוחרת. לשם כך יש צורך במחקרים המראים כיצד החברות המוסלמיות פעלו בפועל. ניתן להצביע על כך שבחלק מחברות אלה, ככל שהדבר ניתן לתיעוד, היה מקום מסוים של ריכוך התמונה הפטריארכלית הזאת.<sup>16</sup> יש לציין שהפטריארכליות גם ניתנה למשא ומתן, ולנשים יש תמיד מרחב תמרון.<sup>17</sup>

במישור הנורמטיבי האסלאמי הקלסי היה מעין היגיון פנימי של איזון בין חובות ובין זכויות. כך למשל, הגבלות על חופש התנועה של האישה בכפוף לחובות מזונות הבעל כלפיה; הבת מקבלת מחצית מהירושה בהשוואה לבן, אבל אין לה חובות כספיים כגון תשלום מזונות או תשלום המוהר. אל הנורמות האלה הוחדר הליברליזם. למילה ליברליזם יש משמעויות שונות במישורים שונים. במישור של זכויות, אחד המאפיינים של הליברליזם הוא שוויון בין בני האדם, הכולל גם שוויון בין המינים. לפחות מאז המאה התשע עשרה, עם מחמד עבדו, התחילה חשיבה על שיפור מעמד האישה. חשיבה זו גם באה לידי ביטוי בחקיקה בחוק הראשון, חוק המשפחה העות'מאני. רוב המדינות המחילות את הדין המוסלמי בענייני משפחה אימצו את התפיסה שיש לשפר את מעמד האישה. מידת השיפור שונה ממדינה למדינה, אבל הקו המנחה הוא הגבלה מתמדת על סמכויותיו של הגבר – הבעל והאב – וכוחו, וזאת ללא צמצום חובותיו. ניכרת גם תופעה הפוכה של הרחבת חובותיו. הפוליגמיה, למשל, הוגבלה, וכן הוגבלו הגירושים החד-צדדיים. מנגד, מזונות האישה ואף מזונות הילדים הורחבו. המוהר נשאר על כנו, וקשה מאוד לבטל אותו בהליך של גירושין. אפילו בטוניס, המצדדת בשוויוניות בין בני הזוג, המוסד של המוהר נשמר (סעיפים 3, 12 ו-13 לחוק המשפחה הטוניסאי). תופעה זו באה לידי ביטוי, למשל, בכל החקיקה במדינות ערב. בישראל התופעה בולטת אף יותר. הביגמיה מהווה עבירה פלילית ואף עוולה נזיקית; לא זו בלבד שנשקף לבעל עונש מאסר,<sup>18</sup> אלא אף תשלום פיצויי נזיקין.<sup>19</sup> בדומה לכך, בעל המגרש את אשתו כנגד רצונה יהיה צפוי לעונש פלילי של מאסר<sup>20</sup> ואף יהיה חשוף לתשלום פיצויים

JUDITH E. TUCKER, IN THE HOUSE OF THE LAW: GENDER AND ISLAMIC LAW IN OTTOMAN SYRIA AND PALESTINE (2000) 16  
 .Deniz Kandiyoti, *Bargaining with Patriarchy*, 2 GENDER & SOCI'Y 274 (1988) 17  
 לעיל ה"ש 11. 18  
 תמ"ש (משפחה י-ם) 26680/05 ה.ג. נ' ט.ג. (פורסם בנבו, 16.5.2007). 19  
 לעיל ה"ש 12. 20

נזיקיים לאישה שאותה גירש.<sup>21</sup> בעניין החזקת ילדים, עקרון-העל הוא טובת הילד, ולכן אין לאב כל יתרון, בעיקר כשקיימת חזקה שעד גיל שש טובת הילדים היא להישאר אצל האם. המשפט המוסלמי הקלסי החפי, למשל, קבע שהבן יישאר אצל אימו עד גיל שבע והבת עד גיל תשע, ולאחר מכן יעברו הילדים לאביהם; לעומת זאת, המשפט הישראלי האזרחי, שבמקרה זה חל גם על המוסלמי ועל בתי הדין השרעיים, קובע שלאחר הגיל הרך אין כל עדיפות לאחד מההורים על פני האחר, ולשניהם זכות שווה לאפטרופסות. עם זאת, הבעל יהיה תמיד חייב במזונות אשתו והאב במזונות ילדיו. בשורה ארוכה של רפורמות הרחיבו בתי הדין השרעיים את מעגל החיוב של הבעל במזונות אשתו והאב במזונות ילדיו. בתי הדין השרעיים מקפידים על המוהר כזכות לאישה, שכמעט לא ניתן לשלול אותה. מנגד, בית המשפט העליון הרחיב את הזכאות של בני הזוג לשיתוף מלא בנכסים כולל נכסי עתיד, כגון קביעות וכושר השתכרות.<sup>22</sup> בהתעלם מהערכות השיפוטיות מהחובות הלא שוויונית המוטלות על הגברים, ייבוא נורמות שוויוניות והחדרתן למערכת משפטית בעלת גוון פטריארכלי, ללא ביטול כל הסממנים הפטריארכליים, מגביר את העיוותים האסימטריים. כך למשל, בישראל מגבילים כאמור את הביגמיה, אבל לא מבטלים אותה ברמה האזרחית, וכך גם בנוגע לגירושין החד-צדדיים. הפטריארכליזם הליברלי מתאפיין אפוא בהחדרת נורמות ליברליות אל המודל הפטריארכאלי, בריכוך הפטריארכלי בכל הקשור לכוחות הבעל והאב ללא צמצום חובותיו ואף הגברתן. בד בבד עם תהליך זה אין ביטול מלא של סממנים פטריארכליים, לרוב סמליים יותר מאשר ממשיים, כמו למשל קיומה של הביגמיה בקוד המרוקני החדש, בצירוף תנאים המשתרעים על כשני עמודים.<sup>23</sup> במקרה שלפנינו, כפי שאראה להלן בהרחבה, למרות הרפורמות מרחיקות הלכת שחוללו בתי הדין השרעיים, הם עדיין הביעו התנגדות למינוי אישה כבוררת.<sup>24</sup>

במאמר זה אתרכז באסטרטגיית בתי הדין השרעיים. אראה כיצד בית הדין השרעי מנסה לשמור על מרחב התמרון שלו ומאמץ כללים פטריארכליים. כדי לתמוך בטיעון זה, אציג מקרה של ניסיון למינוי אישה כבוררת בשנת 2009 בבית הדין השרעי בטייבה, בתיק של "ריב וסכסוך" (ניזאע ושיקאק) בהליך בוררות בעניין גירושין. דוגמה זו מדגימה כיצד בתי הדין השרעיים פועלים תחת לחץ של המערכת השיפוטית האזרחית. יש לציין כי מערכת משפטית היברידית מולידה דיונים רבים הנגזרים ממערכות נורמטיביות שונות ושחקנים שונים, כגון ארגוני זכויות אדם, ארגונים פמיניסטיים אסלאמיים וחילוניים ובית המשפט העליון. כל גורם מחפש לנווט את השיח על פי האידאולוגיה והאינטרסים שלו.

21 ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169 (1984).

22 שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של הלכת השיתוף" משפטים לד 627 (2004).

23 ס' 40-46 לחוק המשפחה המרוקני משנת 2003 : Moudawana, Bulletin Officiel, n° 5358 du 2 : 2003, p. 667 (2005), Ramadan 1426.

24 צריך להביא בחשבון שבעיני פמיניסטיות רדיקליות, הליברליזם עצמו הוא שיטת מחשבה פטריארכלית. ראו למשל Tracy E. Higgins, *Gender, Why Feminists Can't (or Shouldn't) Be Liberals*, 72 *FORDHAM L. REV.* 1629 (2004).

מהלך הדיון במאמר הוא כדלקמן: אבחן תחילה את עמדתם של בתי הדין השרעיים בעניין מינוי אישה כבוררת; לאחר מכן אבחן את עמדת בית המשפט העליון בפרשנות סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני הקשור לבוררות; לאחר מכן אבחן את עמדת הדין הקלסי בנושא החברה האזרחית; לאחר מכן אבחן את החלטתו השנייה של בית הדין השרעי לערעורים בעניין; לבסוף אזכיר את החלטת בג"ץ.

#### ד. מינוי אישה כבוררת בבתי הדין השרעיים

בית הדין השרעי לערעורים, בשורה ארוכה של פסקי דין, נתן פרשנות לסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני, המאפשר הן לבעל והן לאישה הגשת הליך בוררות שבסופו ניתן לפרק את הנישואין. אמנם בפני הבעל עומדת אפשרות לגירושין חד-צדדיים, אך בישראל מצב זה אינו נטול קשיים עבורו, מאחר שקבועה לכך סנקציה אזרחית של תשלום פיצויים וכן סנקציה פלילית. הרפורמה הזו מתאפיינת בהגדרת הניזאע והשיקאק באופן המשרטט מחדש את היחסים המגדריים. כך למשל, האישה איננה עוד מכשיר לרפרודוקציה אנושית, אינה חייבת לנקות את הבית ויכולה לצאת לחו"ל ללא רשות בעלה וללא ידיעתו. נוסף על כך כפופים הבוררים לסמכותו של בית הדין באופן הדוק יותר, ובעיקר כאשר לביטול דרישת הראיה בתביעת ניזאע ושיקאק והסתפקות בשכנוע.<sup>25</sup> נושא דיון זה הוא אפוא ניסיון מצד הנשים למנות אישה בתור בוררת, המציב גבולות למערכת המשפטית השרעית וקובע בכך הבניית זהות אסלאמית באלמנט פטריארכלי.

#### ה. פרשת האישה כבוררת

לפני שאטפל בתיק משנת 2009 בטייבה, מושא דיוננו העיקרי, אעסוק במקרה משנת 1998 שעניינו מינויה של אישה כבוררת.

לאמיתו של דבר, שאלה זו של מינוי אישה כבוררת עלתה בעבר בבית הדין השרעי לערעורים.<sup>26</sup> מדובר היה בתביעת בוררות על פי סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני ובית הדין השרעי. הבעל בחר בגבר, ואשתו בחרה באישה. בית הדין השרעי בעכו קבע שלא ניתן למנות בוררת בשל היותה אישה. בית הדין נשען על ספרו של החכם הסורי והבה אל-זחילי, "אל פקה אל-אסלאמי ואדילתהו" (ההלכה האסלאמית והוכחותיה), וכן על המונח "קאדי"

25 לעניין זה ראו Moussa Abou Ramadan, *Divorce Reform in the Sharia Court of Appeals in Israel (1992–2003)*, 13 ISLAMIC L. & SOC'Y 242 (2006); Yitzhak Reiter, *Judge Reform: Facilitating Divorce by Shari'a Courts in Israel*, 11 J. ISLAMIC L. & CULTURE 13 (2009).

26 ערעור 6/98 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 2.1.1998).

המופיע בחוק הקאדים,<sup>27</sup> ומינה שני אימאמים של שני מסגדים לתפקידי בוררים. האישה ערערה על ההחלטה וטענה שאין הצדקה למנוע מאישה לכהן בתפקיד בוררת על רקע אפליה מגדרית, זאת מכמה טעמים: טעם דתי – הקוראן עצמו השווה בין האישה והגבר ולא מצא להפלות ביניהם; טעם פרשני – לא ניתן לפרש המילה "חכם" או את המילה "קאדי" רק במובן של "זכר", שכן על פי סעיף 6 לחוק הפרשנות<sup>28</sup> מילים כוללות אף לשון נקבה; טעם חוקתי – האישה היא גורם חשוב במרקם החיים החברתיים, ונתונה לה זכות להביע את דעתה בעניינים הנוגעים לה. אימתן אפשרות לאישה לשמש כבוררת יפגע בזכותה הבסיסית ובכבודה כמעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאלה נוסף גם טעם משפטי – העותרת הדגישה שהאישה בחרה במישהי מבני משפחתה לשמש כבוררת. לעומתה טען המשיב שבית הדין לא מינה את הבוררים שנבחרו על ידי הצדדים, כי הם לא מילאו אחר התנאים.

בית הדין השרעי לערעורים ניסח את השאלה המשפטית כמו פוליטיקאי טוב:

האמת שהשאלה הנשאלת בפני בית המשפט דלמטה אינה אם זה אפשרי שהאישה תהיה בוררת או לא, אלא אם זכות הקמת המועצה המשפחתית ומינוי הבוררים הינו בידי בית הדין או בידי כל צד לבחור בורר. האמת היא שהפסוק מפנה את מינוי הבורר לקאדי והוא מתנה שהעדיפות תהיה מבני המשפחה ואם הדבר לא התאפשר הוא לא מפנה לצדדים לבחור הבוררים ולא ניתן לומר שבורר זה או אחר מייצג צד כי הוא אמור להיות אובייקטיבי ולא מגן על צד נגד צד אחר. כלומר, הבורר עושה פעולה שיפוטית והוא מייצג הצדק הנגזר מהאובייקטיביות.<sup>29</sup>

בית הדין המשיך וקבע שאין זכות למי מהצדדים לבחור בורר. בית הדין צריך לוודא שהבוררים הם קרובי משפחה של המתדיינים, ואם אין בנמצא קרובי משפחה, בית הדין יבחר בוררים שאינם ממשפחת הצדדים ובתנאי שהם עומדים בתנאים לשמש כבוררים. בית הדין לא קבע מפורשות מהם אותם תנאים ואם הם מחייבים שהבורר יהיה גבר.

## 1. בית הדין השרעי בטייבה

בשונה ממה שאירע בבית הדין השרעי בעכו, בתיק של בית הדין בטייבה<sup>30</sup> הביעו הקאדים במפורש את עמדתם בנוגע לסוגיה של מינוי אישה. בית הדין בטייבה דן בעניינו של בעל

27 התשכ"א-1961, ס"ח 118.

28 התשמ"א-1981, ס"ח 302.

29 ערעור 6/98, לעיל ה"ש 26.

30 תיק (אזורי טייבה) 317/2009 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 1.11.2010) (ראו בקישור [www.justice.gov.il/Units/BatiDinHashreim/Pages/Hipush-Piski-Din.aspx](http://www.justice.gov.il/Units/BatiDinHashreim/Pages/Hipush-Piski-Din.aspx), כמו יתר הפסיקה המופיעה במאמר זה).

שהגיש תביעת בוררות על פי סעיף 130 ורצה להתגרש מאשתו. האישה טענה שסעיף 130 נועד להשלים ולפייס ולא לפרק את הנישואין. בית הדין פסק שהנישואין נועדו להיות קבועים ולהימשך, אולם בהתאם להלכה של בית הדין השרעי לערעורים,<sup>31</sup> יש מצבים שבהם החיים בלתי אפשריים, ואז קובע הדין המוסלמי אפשרות לגירושין. החברה אינה יכולה להתעלם מרצונו של אחד מבני הזוג או של שניהם. הימשכות הסכסוך חודשים ואף שנים רק תגביר את השנאה והאיבה ביניהם.

בית הדין בטייבה נשען גם על פסיקה נוספת, אשר מסתפקת בשכנוע ואינה דורשת ראייה.<sup>32</sup> זהו אחד החידושים החשובים בפרשנות סעיף 130 של חוק המשפחה העות'מאני, היות שקשה להביא ראיות בנוגע לסוגיה זו, במיוחד מאחר שבבתי הדין השרעיים הצדדים אינם יכולים להעיד ביחס לעצמם. בסופו של דבר החליט המותב שיש "ריב וסכסוך" וביקש למנות בוררים, ולכל צד הוענקה אפשרות לציין שם של בורר מטעמו.<sup>33</sup> האישה ביקשה למנות מטעמה בוררת-אישה.

מאוחר יותר פרסם בית הדין בטייבה החלטה<sup>34</sup> הקובעת שעל פי האסכולה המאלכית, החנבלית והשאפיעית הבורר צריך להיות ממין זכר. בית הדין ציטט מהדין הקלסי המוסלמי את המקורות של אל שרח אלכביר לדרדיר, שרח אל זקשי, אלמהרב, אלמגני, אענאת אלטליבין. בהמשך המאמר אדון בדין ובמקורות המוסלמיים הקלסיים.

בערער טען הטוען השרעי שאמנם יש מחלוקת באשר למינוי אישה כשופטת, אך היות שהתנאים קבועים במג'לה,<sup>35</sup> אין מניעה שאישה תשמש בתפקיד קאדי. הוא גם ניסה להביא דוגמאות מהאסכולה השפיעית, שם יש חילוקי דעות בעניין הבוררים בשאלה אם נתונה להם סמכות החלטה, או שמא הם נציגים בלבד.

הטוען השרעי בבית הדין בטייבה ניסה לאתגר את בית הדין בשאלה רטורית: "האם לא רואה בית הדין הנכבד אם ישנה אישה הנושאת תעודת דוקטור במשפטים ותעודת דוקטור בדין השרעי והתעסקה בעריכת דין עשר שנים והייתה מוצלחת בעבודתה והגישה את מועמדותה לוועדה למינוי קאדים, האם הוועדה תדחה את בקשתה? [...]"<sup>36</sup>.

במקרה שלפנינו קבע הקאדי בטייבה, ד"ר חמזה, במפורש שאישה אינה יכולה להיות בוררת, ונתן הזדמנות למשך תקופה של שלושה ימים למנות בורר במקום הבוררת שנבחרה. בית הדין השרעי לערעורים קבע כך בהחלטה קצרה מאוד:

- 31 ערעור 20/2007 (לא פורסם, מוזכר בתיק 317/2009, שם).  
 32 ערעור 189/2001 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 23.1.2002); ערעור 24/2005 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 11.5.2005); ערעור 121/1998.  
 33 פסק דין מיום 1.11.2010.  
 34 פסק דין מיום 18.1.2011.  
 35 ס' 1794 למג'לה.  
 36 תיק (אזורי טייבה) 317/2009, לעיל ה"ש 30.

לאחר שבית הדין קמא פסק שקיים קרע בין בני הזוג וכי הדבר מחייב שיגור בוררים, המערערת בחרה לעצמה אישה שתשמש בוררת מטעמה. בית הדין קמא סרב לקבל את בחירת בית הדין ואף חייב המערערת לבחור בורר ממין זכר היות שעל פי בית הדין, המין הזכר הינו תנאי כדי להיות בורר אצל רב החכמים.

מכאן בא ערעור המערערת בנוגע לשאלה לעיל.

אנחנו חושבים שהתנאה שהבורר יהיה ממין זכר או לא – זו שאלה שהיא כידוע נתונה למחלוקת. היא צריכה להיחתך על פי מה שקבוע אצל החכמים המאלכים, היות שסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני המחייב את בתי הדין השרעיים במדינה. סעיף זה מבוסס על האסכולה המאלכית. היות והמאלכים מתנים שהבורר יהיה ממין זכר ואין זה חוקי מבחינתם למנות אישה כבוררת (ראו למשל שרם מחתסר חליל למחמד בן עבדאללה אלאחרשי אל-מאלכי (דאר אל פקר, כרך 4, עמ' 9), לא נותר לנו אלא לפסוק בדחיית הערעור. אין פסיקה לעניין ההוצאות (מיום 5.4.2011).<sup>37</sup>

בבית הדין השרעי אין בדרך כלל ערעורים על החלטות ביניים, והוא דוחה ערעורים כאלה כמעט באופן שיטתי,<sup>38</sup> אולם כאן בית הדין אף לא העלה סוגיה זו ודן בתיק לגופו של עניין. ההיצמדות לאסכולה החנפית אינה מובנת לאור העובדה שבתי הדין השרעיים מתגאים בסטייתם מאסכולות, וזאת כדי לחולל רפורמות ושימוש בשיטת התח"ור. בעבר אף ביקרתי שימוש בטכניקה זו על ידי בתי הדין ולא על ידי המחוקק.<sup>39</sup>

אי-ודאות של בתי הדין השרעיים: ההישענות על אסכולות אחרות יכולה, מצד אחד, לחולל רפורמות וללא התנגדות ממשית, כי מדובר בהוראות המצויות בכתבי החכמים; מצד אחר ביכולתה להביא לדבר והיפוכו, והדבר עומד בניגוד גמור לכל שיטה משפטית, השואפת להחדיר ודאות רבה ככל האפשר לתוך תכניה אגב שמירה על גמישות מסוימת. לא מובן מדוע פעלו בתי הדין השרעיים, בנוגע לאי-דרישת ראיות בעניין הליך הריב והסכסוך בהתאם לסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני, אפילו מחוץ לאסכולות ואף בניגוד לדברי הנביא, שקבע שהראיה על מי שטוען לדבר מסוים, ובמקרה שלפנינו בחרו להדגיש דווקא את האסכולה המאלכית. זאת ועוד, הוראה שנמצאת בסעיף 130, הקובעת שבמקרה של אי-הסכמה של שני בוררים ימנה בית הדין בורר שלישי, אינה נשענת על כל אסכולה שהיא.

37 ערעור 28/2011 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 18.6.2012).

38 ראו למשל ערעור 2011/51 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 2.3.2013).

39 Moussa Abou Ramadan, *The Transition from Tradition to Reform: The Shari'a Appeals Court Rulings on Child Custody (1992–2001)*, 26 *FORDHAM INT'L L. J.* 595, 624–627 (2002).

לאמיתו של דבר, מדובר בכרונות מכוונות. לא מובנת עמדתם של בתי הדין השרעיים – מדוע לא נשענו על אסכולות אחרות במקרה הזה? מדוע נשענו על אסכולות אחרות כדי להתערב בשיקול דעתם של הבוררים ובכך לחזק את סמכותם של הקאדים, בניגוד להוראותיה המפורשות של האסכולה המאלכית?

כך למשל, הם התערבו בהחלטותיהם של הבוררים, וזאת בניגוד גמור להלכה המאלכית, שממנה שאוב סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני. בפרשנות על התחפה של אבן עאסם (מת 1426/829) מיארה אלפאסי "גירושיהם [של הבוררים – מ"א] ייאכפו ללא אישור הבעל וללא פסק דין של השופט".<sup>40</sup> אלקאדי אל בגדאדי אומר מפורשות שהבוררים יכולים להפריד בין בני הזוג ללא הסכמתם וללא הסכמת הקאדי ואף גם אם הוא מתנגד.<sup>41</sup> אל-זרקאני אומר: הגירושין של הבוררים ייאכפו גם אם זה נוגד את תפיסתו של הקאדי וללא צורך בפסק דין.<sup>42</sup> עמדתם של בתי הדין השרעיים בדבר התערבותם בהחלטת הבוררים אף זכתה לאישור בית המשפט העליון פעמיים בעניין חמזה ומואסי, כפי שיתואר להלן.

## ז. עמדת בג"ץ

### 1. עניין עלי חמזה

בבג"ץ חמזה נתגלעה מחלוקת בין הצדדים בדבר החלטת הבוררים בשאלה אם הקאדי יכול להתערב לאחר שהבוררים סיימו את תפקידם, או שמא החלטתם היא סופית במובן הזה שהקאדי חייב לאמץ אותה.<sup>43</sup> השופט אור קבע:

דעתי היא שהפרשנות הנכונה של המשפט שבמחלוקת היא כי הסופיות הנזכרת בו משמעותה, שמהשלב האמור עובר העניין להחלטתו של בית-הדין השרעי אשר מינה את הבוררים. בשלב זה הבוררים סיימו את תפקידם, ועל בית-הדין השרעי לומר את דברו. המשפט משתמש במינוח – "החלטת אלה". "אלה" – הם הבוררים, וכוונת הכתוב בדבר הסופיות היא כי החלטתם היא סופית, במובן זה שהחלטתם היא ההחלטה האחרונה הניתנת במסגרת העניין על-ידי בוררים

40 שרח מיארה אל פאסי עלאטחפת אל אחכאם (1662/1072) כרך א 313 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 2000).

41 אלקאדי אל בגדאדי (1031/422) אל-תלקין פי אל-פקה אלמלכי 131 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 2004) (המספרים בסוגריים שלאחר שם המחבר מציינים את שנות חייו של המחבר לפי הספירה ההיג'רית-המוסלמית).

42 שרח אלזרקאני (1688/1099) כרך ד 108 (דאר אל-כתב אל-עלמיה, 2002).

43 בג"ץ 9347/99 חמזה נ' בית-הדין השרעי לערעורים בירושלים, פ"ד נה(2) 592 (2001).



קודם שבית-הדין השרעי יאמר את דברו. הליך הבוררות לפי סעיף 130 מוצה, ומשלב זה על בית-הדין השרעי להכריע בסכסוך כשהחלטת הבוררים בפניו. אין פירוש הדבר שבית-הדין השרעי אינו יכול להחזיר העניין לבוררים. אך נכון לשלב זה סיימו הבוררים את מלאכתם, החלטתם "סופית", והעניין מועבר להחלטת בית-הדין השרעי.

פירוש זה מתיישב עם העובדה שעל-מנת שיהיה תוקף לפירוד בין בני-הזוג, יש צורך בפסק-דין של בית-דין שרעי. החלטת הבוררים כשלעצמה אינה מתירה את הנישואין. רק לאחר מתן פסק-דין על-ידי בית-הדין ניתן לרשום את הגירושין בהתאם לחוק (סעיף 131 לחוק). אין זה סביר לפרש את המשפט שבמחלוקת באופן שאף-על-פי שבית-הדין נדרש לפסוק, אין מסור לו שיקול-דעת אם לקבל את החלטת הבוררים אם לאו. רק אמירה מפורשת, שעל-פיה בית-הדין השרעי קשור בהחלטת הבוררים ונשללת ממנו הסמכות לפסוק בעניין, הייתה יכולה להביא לתוצאה קיצונית שכזו. על-כן הפרשנות הנכונה היא כי החלטת הבוררים הינה סופית, במישור הבוררות, אך אין בה לגרוע מסמכות בית-הדין השרעי האזורי לשקול את החלטת הבוררים לגופה ולהכריע אם לאמצה אם לאו.<sup>44</sup>

אנו רואים אפוא פרשנות שנשענת על לשון הסעיף ומתחזקת בפרשנות של סעיף 131, ואין ניסיון לדלות מהמקורות ההלכתיים. הקודיפיקציה גורמת במקרה הזה לחילון ולניתוק של נוסח החוק מהמקורות ההלכתיים; חוק, גם אם מקורו הלכתי, דינו כדין חוק רגיל ויפורש בהתאם לכללי הפרשנות הרגילים. בג"ץ אמנם בחן כיצד בית הדין השרעי לערעורים פירש את הסעיף, אולם מדובר בהמצאת לגיטימציה בענייני הציבור המוסלמי ולא בצורך משפטי.

## 2. בג"ץ מואסי

בבג"ץ מואסי תואר מינוי שני בוררים ממשפחת הבעל על ידי הקאדי השרעי. בית הדין השרעי לערעורים סירב להעניק לאישה הארכת מועד להגשת ערעור.<sup>45</sup> בג"ץ קבע:

סעיף 130 קובע נוהל לפירוק נישואין של בני זוג שפרץ ביניהם "קרע וסכסוך". נוהל זה, שיסודו בקוראן, מהווה למעשה דרך נוספת לפירוק נישואין. כל אחד מבני הזוג רשאי לדרוש הקמת "מועצת משפחה", המורכבת – כאמור הן בסעיף 130 לחוק והן בקוראן – מנציג אחד ממשפחת הבעל ומנציג אחד ממשפחת האישה. אם שני הנציגים אינם מגיעים לעמק השווה, רשאי הקאדי

44 שם, בעמ' 598.

45 בג"ץ 11230/05 מואסי נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים (פורסם בנבו, 7.3.2007).

להוסיף להם בורר שלישי, או אף להקים "מועצת משפחה" חדשה. אם אלה אינם מצליחים לפשר בין בני הזוג או להשכיך שלום ביניהם, הם מוסמכים לפרק את הנישואין בדרכים האמורות בסעיף [...].<sup>46</sup>

בג"ץ נשען פעמיים על הקוראן, אבל לא ייחס לזה חשיבות פרשנית. הוא נשען בעיקר על חוק המשפחה העות'מאני, שלפיו על הבוררים להיות ממשפחת בני הזוג. כאמור, במקרה זה מינה בית הדין השרעי שני בוררים ממשפחת הבעל. על כך כתב בג"ץ:

העותרת טוענת, כאמור, כי מינוי הבוררים נעשה ללא ידיעתה ומבלי שידעה על מיהותם. כן היא קובלת על כך ששני הבוררים מונו מצדו של הבעל, על אף שאחד מהם צריך היה להתמנות מצדה שלה. נראה כי לקובלתנה זו יש בסיס ועוגן בהוראת החוק. כמבואר לעיל, העדיפות הראשונה מבחינת מיהות הבוררים, היא שהם יהיו מבני משפחותיהם של בני הזוג – אחד ממשפחתו של הבעל והשני ממשפחתה של האישה. בענייננו, טענת העותרת כי שני הבוררים הם ממשפחתו של הבעל לא נסתרה, ואף שם המשפחה של השניים זהה לזה של הבעל. אמנם, הוראת סעיף 130 לחוק מאפשרת לבית-הדין למנות בוררים שלא מבני המשפחות, אך זאת רק אם לא נמצאו בוררים מתאימים מתוך המשפחות. אפילו אניח כי לא נמצא לו לבית-הדין האזורי בורר מתאים מצד משפחתה של העותרת בשל הימנעותה מלהציע בורר מהצד שלה, אפילו כך – נראה לכאורה כי היה על בית-הדין האזורי למנות בוררים שלא מבני המשפחות, כעולה מהוראת סעיף 130 לחוק, ולא למנות שני בוררים מצד משפחתו של הבעל בלבד. ניכר, אם כן, כי בית-הדין האזורי אכן לא שיתף כראוי את העותרת בהליך מינוי הבוררים, כטענתה. לדידי, די בפגמים שנפלו בהליך מינוי הבוררים, ובעיקר בפגם הנעוץ בהשתייכותם של שני הבוררים למשפחתו של הבעל בלבד, כדי לעורר ספק של ממש בדבר תקפותו של הליך המינוי, וכפועל יוצא, לעורר ספק גם בתקפות פסק-דינם של הבוררים ופסק-דינו של בית-הדין האזורי שניתן בעקבותיו.<sup>47</sup>

בשני מקרים אלה אנחנו רואים פרשנות של המשפט המוסלמי, המיושמת בבתי הדין השרעיים על ידי בג"ץ. הנקודות החשובות לענייננו הן שהבורר כפוף לסמכות הקאדי ושהחלטת הבוררים אינה סופית כי הקאדי יכול לפקח עליה ולא לקבלה.

46 שם, פס' 9 לפסק הדין.

47 שם, פס' 12 לפסק הדין.

## ח. הדין הקלסי

כאשר נאמר שיש להחיל את הדין המוסלמי, ואף אם מגבילים זאת ביישום אסכולה מסוימת, עדיין לא ברור מהו הדין באסכולות השונות, שכן בתוך כל אסכולה יש דעות שונות. אי-הבהירות מתעמקת ומתחדדת עוד יותר בשל הצהרתה של מערכת השיפוט השרעית העליונה בישראל על כך שאינה מחויבת לאסכולה מסוימת. להלן אציג את עמדת האסכולות הסוניות השונות בעניין אפשרות האישה להתמנות כבוררת בין בני זוג בהליך של "ריב וסכסוך".

### 1. הדין המאלכי

מייסד האסכולה המאלכית<sup>48</sup> דן בשאלה מדוע לא ניתן למנות אישה כבוררת. חכמי ההלכה המאלכית המאוחרים קבעו בשיטתיות שאחד התנאים להתמנותו של אדם כבורר הוא היותו גבר. לא ניתן לראות ולו עמדה אחת שמאזכרת דעה נוגדת באסכולה הזו בחיבורים החשובים.<sup>49</sup>

### 2. הדין החנפי

הדין החנפי הוא המצמצם ביותר מבין האסכולות השונות בדבר עילות הגירושין העומדות בפני האישה.<sup>50</sup> בהתאם לדין החנפי, האישה יכולה לפרק את הנישואין באמצעות הקאדי אך בשלושה מקרים: (1) כאשר הבעל חסר כוח גברא, הקאדי מעניק לו שנת הזדמנות, ואם מצבו אינו משתפר, הוא מפרק את הנישואין; (2) כאשר הבעל ממיר את דתו לדת אחרת; (3) אישה שהושאה בעודה קטינה על ידי אפוטרופוס שאינו אביה או סבה, יכולה לבקש לפרק את הנישואין בהגיעה לבגרות אם תרצה בכך.

שלא כמו האסכולה המאלכית, הספרות החנפית לא הרחיבה את הדיבור על בורות בין בני הזוג. כאשר אל כאסאני מדבר, למשל, על בורות באופן כללי, הוא מזכיר את הפסוק מהקוראן

48 מייסדה של האסכולה המאלכית הוא האימאם מאלכ בן אנס.

49 אל-באג'י (1101/494) אל-מנתקא שרח מואתא מאלכ כרך ה 405 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 1999): "על הבוררים להיות מוסלמים, בגירים, בני-חורין וממין זכר. אם יחסר אחד הקריטריונים, הם לא יוכלו לשמש בוררים, לא על ידי הסכמת בני הזוג ואף לא בשליחות הסולטאן"; אבן אל-חאג'ב (1248/646) גמאע אל-אמהאא 287 (אל-ימאמה, 2000); אל-חטאב (1547/954) מואהב אל-ג'ליל לשרח מחתסר חליל כרך ה 263 (דאר אל-כתב אל-עלמיה, 1995). חליל אף אמר כי תתבטל החלטת הבוררת, שם; אל-סאווי (1825/1241) מוסיף שהבורר כמוהו כשופט, ואין תוקף לפסיקת שופטת כי נשים אין להן שכל ודת. ראו אל-סאווי בלגת אל-סאלק לי אקרב אל-מסאלק כרך ב 332 (דאר אל-כתב אל-עלמיה, 1995); אל-דרדיר (1787/1201) אומר שאין תוקף לבוררות של אישה. אל-זרקאני מדבר מפורשות על כך שהבורר צריך להיות ממין זכר. ראו שרח אלזרקאני, לעיל ה"ש 42, שם.

50 מייסדה של האסכולה החנפית הוא האימאם אבו חניפה אלנועמאן.

שמדבר על בורר מכל צד. החכמים החנפים מזכירים את הבוררות כאשר הם מדברים על השפיטה ועל התנאים הנדרשים לשימוש כבוררים בדומה לשופטים. לדידם, אישה יכולה להיות שופטת בכל נושא שבו היא יכולה לשמש עדה, והיות שמעמד הבוררות נמוך משפיטה, אזי מקל וחומר ביכולתה להיות בוררת. מכאן, היות שאישה אינה יכולה להיות עדה בעניין פלילי, אין היא יכולה לשמש כשופטת בעניין כזה. בכל מקרה, הבוררות על פי הדין החנפי לא תתפוס בנושא פלילי בשל היבט קיומן של זכויות אלוקיות ולא רק זכויות של בני האדם.<sup>51</sup> אבו בכר אל גסאס מציין שאחד החכמים, אסמאעיל בן אבי אסחאק, אמר שאבו חניפה וחבריו לא ידעו על הבוררים. אל גסאס טוען שמדובר בשקר וכי על האדם לשמור על לשונו במיוחד כאשר מדובר בחכמי הלכה. כיצד לא ידעו החנפים על הבוררים, ואלה הרי מוזכרים בקוראן? אל גסאס מסביר שלדידם של החנפים, הבוררים אינם אלא מיופי הכוח של הצדדים.<sup>52</sup> אבו אל סועד מציין שיש ויכוח בנוגע לסמכותם של הבוררים, אך אינו קובע מה עמדתם של החנפים או אף מהי עמדתו שלו.<sup>53</sup>

סעיף 210 לכללים השרעיים של קדרי פאשה<sup>54</sup> קובע שאם התגלע סכסוך חריף בין בני הזוג ואחד הצדדים פנה לקאדי, הקאדי יכול למנות שני בוררי עדליין (אנשי צדק), ומוטב שאחד מהם יהיה ממשפחת הבעל והאחר ממשפחת האישה, כדי שישמעו את תלונות הצדדים וינסו להשלים ביניהם. הסעיף קובע מפורשות כי אם לא יצליחו הבוררים להשלים בין בני הזוג, הם לא יוכלו להפריד ביניהם בח'לע, כלומר על ידי גירושין בהסכמת שני הצדדים, אלא אם כן יינתן להם ייפוי כוח. האסכולה החנפית חד-משמעית בנקודה הזו.<sup>55</sup>

### 3. הדין השאפיעי

מייסד האסכולה השאפיעית<sup>56</sup> סובר שהבוררים, המתמנים על ידי בני הזוג, זקוקים לייפוי כוח מהם אם ירצו בסיום הנישואין,<sup>57</sup> שכן הם מיופי כוח של הצדדים. אל-שאפיעי אינו מזכיר את

- 51 אל-כסאני (1191/587) בדאיע אל-סנאיע כרך 3 ז (דאר אל-כתב אל-עלמיה, 1986); אל מווסילי (1284/683) אל-אחתיאר לתעליל אל-מחתאר כרך ב 83, 93-94 (אל-חלבי, 1937); אל-זילעי (1342/743) תביין אל-חקאיק כרך ד 193 (בולאק, 1895).
- 52 אל-גסאס (981/370) אחכאם אל-קוראן כרך ב 270 (דאר אל-פקר, 1993).
- 53 אבו אל-סועד (1574/982) תפסיר אבי אל-סועוד כרך ב 174-175 (דאר אחיא אל תוראת אל-ערבי).
- 54 זוהי קודיפיקציה פרטית שחברה על ידי קדרי פאשה במצרים במחצית המאה השנייה של המאה התשע עשרה (מת בשנת 1886). הקובץ מפרט ב-647 סעיפים את דיני משפחה על פי האסכולה החנפית. הקוד הזה הוא מקור השלמה של החקיקה האזרחית בענייני דיני משפחה. בעבר נעשה בו שימוש בתקופה המנדטורית, וכיום הוא בשימוש במצרים, ירדן, חבל עזה והגדה המערבית, סוריה, לבנון, ישראל.
- 55 לפרשנות סעיף זה ראו מחמד זיד אל-אביאני שרח אל-אחכאם אל-שרעיה פי אל אחוואל אל-שחסיה כרך א 469 (דאר אל-סלאם, 2006).
- 56 האימאם מוחמד בן אדריס אל-שאפיעי.
- 57 אל-שאפיעי (820/204) אל-אם כרך ו 298-299 (דאר-אללופא ללטבעה, 2001).

תנאי כשירותם של הבוררים. אלמזני מסכם דעה זו.<sup>58</sup> הוא אינו מזכיר את תנאי הבוררים למעט העובדה שעליהם להיות ממשפחתם של בני הזוג.

בתקופה מאוחרת יותר החלו לצוץ שתי עמדות: אל-שיראזי קובע שהבוררים צריכים להיות גברים, כי על פי דעה אחת הם כמו שופטים ועל פי דעה אחרת הם מיופי כוח. אלא בשני המקרים המשימה של הבוררים מחייבת לחשיבה ולהבעת דעה, בין שישלימו בין בני הזוג ובין שיפרידו ביניהם, וזאת לא ניתן להגשים ללא בוררים ממין זכר.<sup>59</sup> אלגזאלי מפרט את תנאי מינוים של הבוררים וקובע שאינם חייבים להיות ממשפחתם של בני הזוג ואינם צריכים להגיע לרמה של אג'תיהאד, אך הוא אינו מזכיר אם עליהם להיות גברים אם לאו.<sup>60</sup>

אל-נוואוי מבחין בין שתי הדעות בנוגע למעמדם של הבוררים – אם ביכולתם לפרק את הנישואין עם ייפוי כוח או בלעדיהם.<sup>61</sup> הוא מעדיף את הדעה שלפיה אין הבוררים יכולים לפרק את הנישואין בלי ייפוי כוח. מכאן גם נובע ההבדל בדרישה לכך שיהיו ממין זכר או לא, שכן אם הבוררים יכולים לפרק את הנישואין ללא ייפוי כוח, עליהם להיות ממין זכר, ולא – אין חובה כזאת. זה שינוי לעומת עמדתו של אל-שיראזי, שהבחין בין שני סוגי התפקידים אולם לא הסיק הבדל מבחינת המין.<sup>62</sup>

אבן אל-מלקן מזכיר את שתי הגישות לעניין האפשרות של פירוק הנישואין בהסכמת בני הזוג או בהיעדרה. לאחר מכן הוא מונה את הקריטריונים לזהותם של בוררים ללא אזכור המגדר הגברי ומבלי לקבוע איזו מבין שתי הדעות עדיפה.<sup>63</sup>

אל-מחלי חוזר להבחנה בין שני סוגי תפקידים, ולדבריו רק במקרה שהבוררים יכולים לפרק הנישואין ללא הסכמת הצדדים, עליהם להיות ממין זכר.<sup>64</sup>

אל-רמלי עושה גם הוא הבחנה, אולם עמדתו באשר לדרישת מין זכר אינה ברורה. מצד אחד הוא גורס שתנאי זה אינו נדרש כאשר מדובר במיופה כוח, ומצד אחר הוא אומר כי הדרישה לבורר ממין זכר תלויה בשופט.<sup>65</sup>

אל-גמראווי כותב כי במקרה שהבוררים אינם יכולים לפרק את הנישואין ללא ייפוי כוח, הם אינם צריכים להיות ממין זכר, ואם אינם צריכים את הסכמת בני הזוג כדי לפרק את הנישואין, עליהם להיות ממין זכר.<sup>66</sup>

- 58 אל-מזני (879/264) מחתסר אל-מזני 248–249 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 1998).  
 59 אל-שיראזי (1093/486) אל-מהדב כרך ב 488 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 1995).  
 60 אל-גזאלי (1111/505) אל-ואסיט פי אל-מדבה כרך ה 305–308 (דאר אל-סלאם, 1997).  
 61 אל-נוואוי (1277/676) ראדת אל-טאליבין כרך ה 678–679 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 2000).  
 62 לעיל ה"ש 59 והטקסט הצמוד לה.  
 63 אבן אל-מלקן (1401/804) עגאלת אל-מתאג אלא תווגיה אל-מנהג כרך ג 1329–1330 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 2001).  
 64 אל-מחלי (מת 1460/864) קנז אל-ראגבין כרך ג 464 (דאר אל כתב אל-עלמיה, 2003).  
 65 אל-רמלי (מת 1595/1004) נהיאת אל-מתאג כרך ו 370 (דאר אחיא אל-תוראת אל-ערבי, 2005).

#### 4. הדין החנבלי

לאסכולה החנבלית אין עמדה ברורה בעניין זה.<sup>67</sup> לגרסתה של קבוצה אחת אין זכר למין הבוררים.<sup>68</sup> קבוצה אחרת גורסת שהבוררים צריכים להיות ממין זכר.<sup>69</sup> קבוצה שלישית מאפשרת לבוררים להיות ממין נקבה.<sup>70</sup> אי-הבהירות באסכולה החנפית נובעת בחלקה מחוסר ידיעה ביחס לעמדתו של מייסד האסכולה החנבלית בנוגע למעמדם של הבוררים. היטיב לסכם זאת אבן קודמה:

יש שתי דעות שונות הבאות מאחמד ז"ל בנוגע לשני הבוררים. לפי אחת הדעות, שני הבוררים הם מיופי כוח של בני הזוג, ואין להם זכות להפריד בין בני הזוג אלא באישורם – וזו עמדתו של עטא. דעה אחרת – של שפיעי וכן סופר שזו דעתו של חסן ואבו חניפה – היות שאיבר המין של האישה זכותו והרכוש (אל מאל) זכותה והם בגירים (רישידאן) ואין זכות לאחרים לפעול בשני דברים אלה אלא בייפוי כוח מהם או שתהיה עליהם אפוטרופסות. על פי הדעה השנייה, הבוררים הם שופטים והם יכולים לעשות מה שהם רואים לנכון בין אם הפרדה בפיצוי או ללא פיצוי, ואין להם צורך בייפוי כוח משני בני הזוג ולא בהסכמת בני הזוג. בדעה זו אוחזים: עלי, אבן עבאס, אבי סלמה בן עבד אל-רחמן, אלשעבי, אל-נחעי, סעיד בן גביר, מאלכ, אל-אוועי, אסחאק, אבן מנזר וזאת כי אלוהים אמר "לשלוח בורר ממשפחתו ובורר ממשפחתה" וקרא להם בוררים ולא לקח בחשבון הסכמתם, ולאחר מכן אמר: "אם ירצו להשלים" וזה מופנה לבוררים.<sup>71</sup>

מסקירה קצרה זו עולה כי הדין המוסלמי הקלסי דוגל בעמדות שונות, והשאלה באיזו דעה יפסוק בית הדין השרעי אינה ברורה מראש.

- 66 אל-גמראוי אל סראג אל-והאג 401 (מכתבת מסטפה חלבי, 1933). אל-גמראוי סיים את כתיבת ספרו ב-23 רביע אל-תאני 1337, כלומר ב-25.1.1919.
- 67 מייסד אסכלה זו הוא האימאם אחמד בן חנבל.
- 68 אל-כלוודאני (116/510) שרח אל-כלוודאני (גראס, 2004).
- 69 שמש אלדין אל שרח אל-כביר עלא מתן אל-מקנע כרך ח 171 (דאר אל-כתב אל-ערבי, אין שנת פרסום); אבן מפלח (1362/763) אל פרוע כרך י 265 (מואסטת אל-רסאלה, 2003); חגאווי (1553/960) אל-אקנאע כרך ג 251 (דאר אל-מעריפה, אין שנת פרסום); אל-בהוטי שרח מנתהא אל-רדאת כרך ג 56 (עאלם אל-כתב, 1996).
- 70 אל-זרקשי (1370/772) שרח אל-זרקשי כרך ה 354 (דאר אל עקיבאן, 1993).
- 71 בן קדמא (1223/620) אל-מגני כרך ח 167 (דאר אל-פקר, 1985).

### ט. החברה האזרחית

בנוגע לפרשת מינויה של אישה כבוררת אפשר למנות שלושה שיחים שונים: (1) פמיניזם אסלאמי; (2) פמיניזם חילוני, הנשען בעיקר על עקרון השוויון ובא לידי ביטוי בשוויון האזרחי; (3) שיח שלישי בא משני גופים במכללה למנהל בראשון לציון הקתדרה לזכויות האדם ומרכז "קונקורד" – מרכז מחקר הפועל לקליטת המשפט הבין-לאומי במשפט הישראלי. ההיברידיות המשפטית נעשית בהחדרת טיעונים שונים לתוך מרחב שיפוטי אחד, שהוא בית המשפט העליון.

#### 1. ניסיונה של עמותת "ניסאא ואאפאק"

בקרב האוכלוסייה הערבית בישראל קיים מגוון רחב של תנועות פמיניסטיות. כדי לערוך דה לגיטימציה לתנועות אלה, יש המייחסים להן השפעה של ארצות המערב,<sup>72</sup> של הפמיניזם ואף השתייכות למפלגה הקומוניסטית.<sup>73</sup> שימוש זה בהקשר המוסלמי הישראלי נועד להוציאן ממעגל הלגיטימיות האסלאמית, כפי שזו הוגדרה, לדעתי, מחדש באופן משתמע.<sup>74</sup> אסלאמי יהיה כל מי ששתי התנועות האסלאמיות (הדרומית והצפונית) תופסות כאסלאמי, וכל מי שבתי הדין השרעיים רואים אותו ככזה. פרט לנמנים עם שתי תנועות אלה ובתי הדין השרעיים, לאחרים אין סמכות כזאת ואין כל לגיטימיות. המהלך הזה עומד בניגוד גמור למסורת המוסלמית, הפועלת ללא היררכיה דתית. אין פירוש הדבר כמובן שלאורך ההיסטוריה לא הודרו אנשים שהשתייכו לדת האסלאמית והוצאו ממנה בגין סיבות פוליטיות, וגם אם יש מופתים, הרי דעתם אינה מחייבת. מדובר בהדרת גופים והוצאתם אל מחוץ לתחום הלגיטימיות, המשורטט מחדש. בכל מקרה, מבחינה עובדתית אין זה תיאור נכון. כך למשל, הארגון "כיאן" מבוסס על תפיסה אזרחית של שוויון; הארגון "תקם אלמראה" – אשר מרכזו ברמאללה ויש לו סניף בירושלים – פועל בתפיסה אזרחית של זכויות אדם. בין הפעילות בארגון זה ניתן לציין את עו"ד סנא דוויק. תיאור זה אינו מביא בחשבון את תופעת הפמיניזם האסלאמי בעולם בשנות התשעים של המאה העשרים ובישראל בשנות האלפיים.

עמותת "ניסאא ואאפאק" (נשים ואופקים), מיסודה של סאידה מוחסן ביאדסי, תופסת את האסלאם כמקור לפמיניזם. מטרת העמותה היא לחזק את מעמד האישה בחברה המוסלמית המסורתית באמצעות פרשנויות מתקדמות לטקסטים דתיים אסלאמיים הקשורים למעמד

Margot Badran, *Islamic Feminism Revisited*, COUNTERCURRENTS.ORG (February 10, 2006) 72  
<https://www.countercurrents.org/gen-badran100206.htm>

איאד זחאלקה "מעמד בתי הדין השרעיים בקרב הציבור הערבי" מיעוטים מוסלמיים במדינות רוב לא-מוסלמי: התנועה האסלאמית בישראל כמקרה מבחן 85, 96–97 (אלי רכס ואריק רודניצקי עורכים, 2011).

74 ש.ם.

האישה וזכויותיה. בניגוד לדיכוטומיה הרווחת בין פמיניזם לבין אסלאם, כאן משלבים את שתי הזוויות.

עמותת "ניסאא ואאפאק" עובדת זה שנתיים על קידום חוק לעדה המוסלמית בישראל. במסגרת החוק ייעשה ניסיון לבטל אפליות הנמצאות בחקיקה השרעית בנושאים כגון אפוטרופסות, גירושין חד-צדדיים ובוררות, והחוק המוצע יכול להוראה מפורשת בדבר מגדר הבוררים.

השיח של ניסאא ואאפאק בא לידי ביטוי במאמר מערכת באתר העמותה בדבר האפשרות שאישה תשמש כבוררת בתיק של ריב וסכסוך.<sup>75</sup> המאמר עוסק בקושי בהגנה על זכויות הנשים, תוקף את חוק המשפחה העות'מאני וקובע שחוק זה בוטל בכל המדינות שבהן היה בתוקף, אולם בישראל הוא עדיין חל על המיעוט המוסלמי. המדינות אשר ביטלו אותו התאימו חקיקה חדשה לצורכיהן. החוק מצויר כ"סיוט", ומתוארת אפליית הנשים בכל תחומי החיים: חברתיים, כלכליים, תרבותיים, פוליטיים, משפטיים ושיפוטיים. בתי הדין השרעיים בוחרים את האסכולות אשר מתאימות לחברה הגברית. לאחר ביקורת של הפמיניזם הקלסי, שלפיה הנשים מופלות בכל תחומי החיים בעוד המשפט הוא גברי, פונים כותבי המאמר לשימוש בכלים מתוך המסורת האסלאמית כדי לחזק את הטענה שהמשפט המוסלמי מאפשר מינוי אישה כבוררת. מהמאמר עולה קריאה לצורך באג'ת'האד,<sup>76</sup> אולם בד בבד עימה מובאים דברי טברי, שלפיהם האישה יכולה להיות מופתית וקאדית, וגם דבריו של אבן חזם, הגורס שהיא יכולה להיות בתפקיד שיפוטי. לאחר מכן יש סקירה של מקרים שבהם נשים כיהנו בתפקידים ציבוריים, כמו מחתסיבה אל שפא בת עבדאללה במערכת החסבה<sup>77</sup> בימיו של עומר בן אל-ח'טאב.<sup>78</sup> בהמשך המאמר מציינים שברשות הפלסטינית מכהנות שתי קאדיות בבתי הדין השרעיים, דבר שלא נעשה במדינה דמוקרטית, דהיינו במדינת ישראל. בעניין הבוררות עולה במאמר הטענה כי הדבר אינו קשור לזהות הבורר כגבר או אישה אלא לניסיון, להתאמה ולשמיעת הצדדים. חלק נוסף של המאמר מאפיין את השיח של האסלאם הפמיניסטי, ובו מצביעים על הכבוד שאלוהים העניק לנשים. היום נשים הן מורות, רופאות, עורכות דין, רואות חשבון, פסיכולוגיות ועובדות סוציאליות, ולכן ביכולתן לעסוק בדיני משפחה כשופטות או בוררות. לבסוף נזכרות במאמר גישתו של אזהר טנטאווי (משנת 2003) וגישתו של קרדאווי, שאפשרו לאישה להיות שופטת. במאמר נעשה ניסיון לדלות מהספרות ההלכתית הקלסית את הדעות התואמות את העמדה השוויונית, זאת בהתבסס על פוסקי הלכה עכשוויים. מקור אחר למאמר הוא פרקטיקה של

75 "האם מותר לאישה להיות שופטת?", 10.9.2013, [nisa-waafaq.org/archives/253](http://nisa-waafaq.org/archives/253).

76 בחינה מילולית אג'ת'האד פירושו "מאמץ", אבל בהלכה המוסלמית המשמעות היא לגזור כללים ממקורות ההלכה המוסלמית.

77 ה"מחתסב" הוא פקח ב"חסבה", מוסד פיקוח האחראי לסדר הציבורי ולקיום מצוות הדת המוסלמית.

78 מייסד האימפריה המוסלמית, החליפ'ה השני.



הח'ליפה השני עומר בן אל-ח'טאב וכן פרקטיקה הנהוגה ברשות הפלסטינית, ובבסיסו מצויות לא רק על עמדות של חכמים אלא גם תיאור הדרך שבה נהגו מוסלמים בעבר ואופן התנהגותם כיום.

## 2. תגובת כיאן

כיאן הוא ארגון פמיניסטי שהוקם בשנת 1998 כדי לשפר את מעמדן של הנשים הערביות בתוך החברה הערבית ובתוך מדינת ישראל. בארגון קיימת מחלקה משפטית הפועלת מאז 2005 ומעניקה ייצוג משפטי, בעיקר בדיני משפחה בבתי המשפט לענייני משפחה ובתי דין דתיים, נוסף על ניסיון לשינוי חקיקה. כיאן טוען שהסירוב למנות אישה כבוררת מפר את עקרון השוויון, המוגדר "עקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית". עיקרון זה בא לידי ביטוי בפסקי דין רבים וכן בחקיקה ואף בהכרזות העצמאות. הטענות הוא שבתי הדין הדתיים מחויבים בעקרון השוויון, המעוגן בחקיקה, וסטייה ממנו צריכה להביא לביטול של פסיקה נוגדת על ידי בג"ץ.

לטענת כיאן, העמדה שלפיה "אישה לא תוכל להיות במעמד של בוררת בתיק גירושין, אך ורק בשל מינה, מהווה אפליה מובנית ויסודית נגד נשים ומדירה רגליהן של נשים מלהיות חלק בהליכי קבלת החלטות ו/או בתפקידים ציבוריים כלשהם וכי אל לבג"צ לתת יד לאפליה והדרת נשים כאמור".<sup>79</sup>

כיאן תוהה מדוע בכל הנוגע לפרשנות סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני יש פנייה לאסכולה החנפית, בעוד בהקשר של מינוי אישה כבוררת פונים לאסכולה המאלכית, האוסרת על כך. האסטרטגיה של כיאן היא להמעיט בתפקידו של הבורר בפרקטיקה ובפרשנות של בתי הדין השרעיים ואף בפסיקת בג"ץ, היות שהחלטתם של הבוררים כפופה לאישורו של הקאדי. עוד טוען כיאן כי עצם העובדה שמדובר בבורר שהוא בן משפחתם של המתדיינים פירושה שאין מדובר בתפקיד שיפוטי, כי חסר אלמנט האובייקטיביות והעצמאות. כיאן מנסה להדגיש את חילוניותו של חוק המשפחה העות'מאני, היות שהיועץ המשפטי טען שמדובר בתפקיד דתי שכן הוא מוזכר בחוק המשפחה העות'מאני. בגישת כיאן יש הדגשה של הצד האזרחי של החוק.

לאמיתו של דבר, נעשה כאן ניסיון לצמצם את ההיבט הדתי כדי לכופף את החוק לשיח של שוויון אזרחי. כיאן מוסיף וטוען שאין בכך פגיעה בדיני האיסור וההיתר של הנישואין והגירושין, כי בסופו של דבר הקאדי הוא שהחליט. טענה נוספת היא שאי-מינויה של אישה כבוררת פוגע בכבודה ויוצר תדמית שלפיה האישה נחותה מגבר. כמו כן, אי-מינוי של אישה לתפקיד בוררת אינו נותן ייצוג הולם בעבודה בשירות הציבורי. טענות אלו מנוגדות לטענות שניסה

79 מתוך נייר העמדה שהגיש ארגון כיאן לבית המשפט בבג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים, להלן ה"ש 88.

לגמד את תפקיד הבורר ולתארו כמשפחתי ואינטימי. התיאור של תפקיד הבורר מתעצם או מתגמד לפי הטיעון שאותו רוצים לקדם. כיאן טוען גם לאפליה מתקנת. לבסוף נעשה שימוש גם באמנה לביעורן של כל צורות האפליה נגד נשים.<sup>80</sup> טענה אחרת שהועלתה היא שאי-מינוי אישה כבוררת חוסם את השמעת קולן של הנשים, ולמעשה עליהן להישמע אך על ידי גברים מטעמים.

### 3. מרכז קונקורד

מרכז קונקורד הוא מכון מחקר אקדמי הפועל לקליטת נורמות מן המשפט הבין-לאומי לתוך הדין הישראלי. יושבת ראש המרכז, שהיא פרופסור למשפטים וגם אחת החתומות על חוות הדעת (המצויה בתיק בית המשפט), כיהנה בתפקידים שונים ועסקה בעניין זכויות נשים במסגרת האמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה נגד נשים. חוות הדעת שמה דגש במשפט הבין-לאומי, ולפיה פסילה של נשים מלכהן בתפקיד בוררת מרחיבה את האפליה המגדרית כלפיהן.

כמו כן, לפי חוות דעת זו יש חזקה פרשנית שהמשפט הישראלי תואם את המשפט הבין-לאומי. פסיקת בית הדין השרעי בעניין זה מדירה את הנשים מהמרחב הציבורי ומפלה אותן לעומת הגברים. ההסתייגות הישראלית לאמנה אינה כוללת את סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני. נוסף על כך, כיצד רשות פועלת צריכה להיות כפופה לחזקת ההתאמה הפרשנית בין המשפט הבין-לאומי למשפט הישראלי? פרשנות בית הדין השרעי פוגעת בזכות להליך הוגן והנגזרת ממנו – שוויון בנשק בין הצדדים, כי האישה אינה חופשייה לבחור כרצונה. בחוות הדעת מאזכרים סעיפי אמנות שונים וכן החלטות והערות של ועדת זכויות האדם. הזכות לייצוג תיפגע אם אחד הצדדים יחשוב שבוררת שתציג אותו טובה יותר מבורר. נוסף על כך, אי-מתן האפשרות לאישה להיות בוררת מאותת לנשים שמעמדם נחות. יש חובה לבער את צורות האפליה גם כאשר מקורן בדת.

ההכרעה השיפוטית של בית הדין השרעי לערעורים אינה מתקיימת בואקום משפטי. היא חלק מענף דינים אחד המתקיים כחלק מהמערכת המשפטית הישראלית בה המשפט הבינלאומי מהווה ענף עצמאי. השאיפה להרמוניזציה בין ענפים באופן שתקרב את החקיקה הישראלית לסטנדרטים של דיני זכויות האדם במשפט הבינלאומי אלו עומדת בבסיס הלכותיו של בית משפט זה בכל הקשור לחזקת ההתאמה הפרשנית הנזכרת [...].<sup>81</sup>

80 האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורותיה, כ"א 31, 179 (נפתחה לחתימה ב-1979) (נכנסה לתוקף בנוגע לישראל ב-1991).

81 מתוך כתב הבקשה של מרכז קונקורד להצטרף כידידי בית המשפט בבג"ץ 3856/11, להלן ה"ש 88.

אם כן, אנו רואים היברידיות משפטית: מצד אחד הדין השרעי, שגם הוא מחולק לכמה קטגוריות (דין קלסי עם אסכולות שונות וחוק המשפחה העות'מאני משנת 1917), ומצד אחר הדין הישראלי, אשר ממנו שאבה חוות הדעת חזקה שלפיה יש לפרש את המשפט הישראלי על פי המשפט הבין-לאומי. זוהי חזית נוספת שבתי הדין השרעיים צריכים להתמודד עימה. למותר לציין שחוות הדעת ממעיטה בהפרות של המשפט הבין-לאומי מצד מדינת ישראל, ובמיוחד בהפרות של המשפט הבין-לאומי ההומניטרי, וזאת על מנת להרחיב את הפער בין הפרקטיקה של בתי הדין השרעיים ובין המשפט הבין-לאומי הפומבי.

לאחר הצגתם של כל הטיעונים פרסם בג"ץ, ביום 7.5.2012, החלטה שלפיה ראוי שבית הדין השרעי לערעורים ייתן החלטה מנומקת ומפורטת וייתחם בהחלטתו לחוק שיווי זכויות האישה. ההחלטה, שניתנה על ידי שתי שופטות ושופט, קובעת שאין אישה יכולה להיות בוררת; עם זאת, אישה כשופטת בבית המשפט העליון יכולה לבטל את החלטתו של בית הדין השרעי לערעורים. זו החלטה מוזרה, שכן בג"ץ היה צריך לקבל את העתירה ולבטל את החלטות בתי הדין השרעיים או לדחות את העתירה. ניתן לומר שבג"ץ חש אי-נוחות בקשר להחלטה, וזאת בלשון המעטה. נראה שאילו שינה בית הדין השרעי את החלטתו היה הדבר מקל על בית המשפט העליון. ואולם, בית הדין השרעי לערעורים חזר על החלטתו, הפעם בהחלטה מנומקת ומפורטת יותר בת 11 עמודים.

### י. החלטתו השנייה של בית הדין השרעי לערעורים

לאחר פסיקת בג"ץ פרסם בית הדין השרעי החלטה נוספת, מיום 18.6.2012, ובה קבע שהוא מחויב לפעול על פי סעיף 1801 למג'לה, שלפיו כאשר סולטאן המוסלמים מחייב בחירה בדעה מסוימת, על השופט ליישם אותה, ואם לא יעשה כן, פסק דינו יהיה בטל. בית הדין התייחס לחוק המשפחה כאל הוראה של הסולטאן העות'מאני, אף על פי שכניסתו לתוקף בתוך המשפט הישראלי נעשתה על ידי הנציב העליון המנדטורי הבריטי, שלא היה מוסלמי.<sup>82</sup> בשנת 1919 עבר החוק אסלאמיזציה מחוזקת או מתוקנת, ובית הדין שואל את עצמו על איזו אסכולה נשען המחוקק בסעיף 130. בהחלטתו מביא בית הדין ציטוט מדבריו של והבה אל זוחילי, שמציג את עמדותיהן של האסכולות השונות, וכן ציטוט מדברי ההסבר של החוק, שבו נאמר שנושא ה"ריב וסכסוך" נשען על האסכולה המאלכית. בית הדין מגיע למסקנה שהבוררים הם קאדים. בנקודה זו מרחיב בית הדין השרעי לערעורים את הדיבור על אודות תפקידו של הבורר. בפסקה 12 קובע בית הדין כי "הסמכות לפרק הנישואין היא בידי הבוררים ואילו הקאדי רק מאשר זאת.

82 ס' 46 לדברי המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922–1947 מחיל את המג'לה על הדין בארץ ישראל. בשנת 1984 חוק חוק לביטול המג'לה, התשמ"ד–1984, ס"ח 156, אך ס' 2 לחוק קובע כי "חוק זה לא יתפרש כאילו בא לגרוע מתקפו של דין שלפיו דן בית דין שרעי".

אולם לכל מה שנוגע למוהר, יכול הקאדי להתערב כדי לוודא שלא נשללה זכאותה של האישה למוהר ללא סיבה חוקית". דברים אלה עומדים בניגוד לפסיקותיו הקודמות של בית הדין השרעי, שבהן הכפיף את הבורר לסמכותו והדגיש שהקאדים יכולים לבחון את תוכנו של פסק הבוררים. כך למשל, בשורה ארוכה של פסיקות קודמות קבע בית הדין השרעי לערעורים שהוא יכול לבטל את החלטותיהם של הבוררים, וזאת בניגוד ברור להלכה המוסלמית המאלכית.<sup>83</sup> שינוי ההחלטה נועד לבלום את הביקורת של בג"ץ, כדי להאדיר את כוחו של הבורר ולהפוך את תפקידו לשיפוטי. הדבר נעשה כדי ליהנות מהחריג האמור בחוק שיווי זכויות האישה, כלומר לא להחיל את השוויון כאשר מדובר בתפקיד שיפוטי.<sup>84</sup> כך, מצד אחד ממעיטים בתפקידו של הבורר כדי לחזק את סמכותו של הקאדי מולו, ומצד אחר מחזקים את תפקידו כדי למנוע התערבות של בית המשפט העליון הישראלי בשבתו כבית דין גבוה לצדק.

בית הדין השרעי קבע ללא ספק שחוק שיווי זכויות האישה חל על בתי הדין השרעיים.<sup>85</sup> מדובר בפסיקה נדירה של בית הדין השרעי לערעורים עד לשנת 1994. באותה תקופה הונהגה מדיניות של אסלאמיזציה של הכללים החלים על בתי הדין השרעיים, שלפיה אסר בית הדין השרעי לערעורים להפנות לחקיקה הישראלית, אלא הורה להחיל את השריעה ה"שלמה והמושלמת" כאתגר לדין הישראלי. ניתן לומר שלבית הדין השרעי לערעורים לא הייתה ברירה בנוגע לתוצאת פסק דינו, לאור בקשתו המפורשת של בג"ץ להתייחס לחוק שיווי זכויות האישה.

בית הדין הוסיף שיש חריגים לתחולתו של חוק שיווי זכויות האישה על בתי הדין השרעיים. החריג הראשון הוא שחוק שיווי זכויות האישה אינו פוגע בדיני האיסור וההיתר בנישואין ובגירושין, שכן יש להביא בחשבון את דברי הבוררים בנוגע לגירושין, דבר הנכנס תחת האיסור וההיתר. החריג השני מתייחס לכך שעבודת הבורר היא עבודה דתית, ולכן מדובר בחריג לעקרון השוויון. נוסף על כך, בית הדין אינו מקבל את הטענות שמדובר רק בחוק שצריך לפרשו על פי כללי פרשנות של החקיקה האזרחית, כי המקור לכללים הנמצאים בו הוא הדין המוסלמי. בית הדין מסביר כי כללי המג'לה ביחס לבוררות אינם חלים על הדין האישי, כיוון

83 ראו החלטות בית הדין השרעי לערעורים שמאפשרות התערבות בהחלטת הבוררים: ערעור 232/2009 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 7.1.2010) (אחד משלושת השופטים החתומים על ההחלטה נשוא דיוננו); עוד בערעור 76/07 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 30.5.2007), כותב הקאדי זיני עצמו, אשר כתב את ההחלטה נשוא דיוננו "[...] ואילו השאלה השנייה, והיא הטענה כי תפקידו של הקאדי הינו אך ורק לאשר את פסק הבוררים, נשיב כי בית דין זה קבע בהחלטות רבות כי פסק הבוררים ניתן לפסילה על ידי הקאדי. שכן אם לא ניתן בהתאם לכללים השרעיים, הוא יכול לבטל אותו ולהחזירו אליהם או לאחריהם וכן יוכל לתקן אותו מטעמי צדק".

84 ס' 7(ג) לחוק: "הוראות חוק זה לא יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, ובכלל זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים".

85 פס' 15 לפסק הדין.

שאלה הם כללים שחלים על הדין האזרחי, והוא מדגים זאת מהקוד האזרחי הצרפתי.<sup>86</sup> יש לציין כי הקוד הצרפתי כולל את ענייני המשפחה, אולם המג'לה הפרידה עניינים אלה מהקוד האזרחי. נוסף על כך, בדין החנפי אין הבחנה בדיני הבוררות בין עניינים אזרחיים ובין ענייני מעמד אישי. כאשר החכמים רוצים לדבר על הבוררות באופן כללי, הם נשענים על הפסוק בקוראן המתיחס לבוררות במעמד האישי.<sup>87</sup> בית הדין בונה שתי קטגוריות: בורות בדין הכללי ובוררות בדין האישי. ההבחנה הזאת כאמור אינה קיימת בדין החנפי. בית הדין מוסיף וקובע כי הדין הספציפי, כלומר דיני הבוררות בענייני המעמד האישי, צריכים לגבור על דיני הבוררות בעניינים אזרחיים, ועל פי בית הדין השרעי הדבר תקף במיוחד כאשר מדובר בדין דתי. מתוך דברי בית הדין עולה שדין הבוררות בעניין גירושין הוא דין דתי, ואילו דין הבוררות בעניין אזרחי הוא דין חילוני. גם כאן בית הדין מגייס הבחנה שאינה קיימת בדין המוסלמי החנפי הקלסי, שבו שני סוגי הבוררות הם למעשה סוג אחד ושניהם דין דתי. הבחנה זו היא, לאמיתו של דבר, יציר כפיהן של המדינות הקולוניאליות והאימפריה העות'מאנית, ואימצו אותה רוב מדינות ערב; עד עצם היום הזה מבחינים שם בין הדין האזרחי, שכולל דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני קניין וכיוצא באלה, לבין דיני המשפחה, שלהם יש קוד נפרד. לבסוף קובע בית הדין שאי-הישענות על האסכולה המאלכית תזיק לאישה, שכן סעיף זה נועד עבורה; הגבר אינו נזקק לסעיף זה כי ביכולתו לגרש את האישה ללא צורך בקאדי. ניתן לומר שזו הערה לא נכונה בהתחשב בכך שאם הגבר יעשה שימוש בגירושין באופן חד-צדדי, הוא יהא צפוי לעונש פלילי ולסנקציה אזרחית ויצטרך לשלם לאשתו פיצויים נזיקיים. בפועל הגירושין החד-צדדיים נדירים מאוד בישראל. אשר לטענה שלפיה האישה לא תוכל להתגרש אם בית הדין השרעי יישען רק על האסכולה המאלכית ללא שימוש גם באסכולה החנפית - בית הדין הוציא את האפשרות ל"טלפיק" (שימוש והרכבה בין אסכולות שונות) בכך שיעשה שימוש באסכולה החנפית רק לצורך בחירת אישה כבוררת, לצד השארת סמכותם של הבוררים כמו באסכולה המאלכית, ובכלל זה מינוי אישה לבוררת. מעניין שבית הדין השרעי עצמו עשה שימוש נרחב בטכניקה זו של "טלפיק", כפי שהוזכר לעיל.

## יא. בג"ץ פלונית

בפסק דין ארוך יחסית, המשתרע על פני 20 עמודים, עמד בג"ץ על עקרון השוויון בחקיקה ובפסיקה.<sup>88</sup> הוא הזכיר שני חריגים בחוק שיווי זכויות האישה המאפשרים לחרוג מעקרון

86 French Civil Code, Art. 2060: "One may not enter into arbitration agreements in [...] those relating to divorce and judicial separation [...]"

87 סורה 4 (חזון הנשים), פסוק 35.

88 בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים (פורסם בנבו, 27.6.2013).

השוויון. החריג הראשון יחול כאשר הדבר נוגע לדיני איסור והיתר לנישואין וגירושין.<sup>89</sup> החריג השני יחול כאשר מדובר בתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, וכן בתפקידים שיפוטיים בבתי הדין הדתיים.<sup>90</sup> אם מתקיים אחד מן החריגים האלה, עקרון השוויון לא יחול. בג"ץ הדגיש שיש לקרוא באופן מצמצם חריגים הפוגעים בזכויות האדם.

בנוגע לשאלת הבוררים קבע בג"ץ שאין מדובר בדין המהותי אלא בממלאי תפקידים המיישמים את הדין, ולכן החריג הראשון לא יחול. לדידו של בג"ץ, אף החוק עצמו מבחין בין שני החריגים: הראשון מתייחס לדין המהותי עצמו והשני מתייחס לממלאי התפקיד. אשר לחריג השני הגיע בג"ץ למסקנה שאין מדובר במינוי לתפקיד דתי ולפיכך אין עליהם להפעיל את הדין הדתי, כיוון שתפקיד דתי מצריך מיומנות בדין דתי ואילו לבוררים אין צורך במיומנות כזאת. לאחר שהסיק שאין מדובר בתפקיד דתי כחן בג"ץ את השאלה אם מדובר בתפקיד שיפוטי. מסקנת בג"ץ היא שגם אין מדובר בתפקיד שיפוטי, היות שהחלטת הבוררים אינה סופית ובתי הדין השרעיים מתערבים בהחלטותיהם. התפקיד השיפוטי לפעול על פי סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני הוא בידי הקאדים ולא הבוררים. אם כן, הואיל והחריגים אינם חלים, יש להחיל במקרה זה את עקרון השוויון. לכך נוספת העובדה שחוק שיווי זכויות האישה מאוחר לחוק המשפחה העות'מאני, וכן אין הוראה בחוק המשפחה האוסרת על מינוי אישה בתפקיד של בוררת. זאת ועוד, בג"ץ מוסיף שגם אלמלא חל חוק שיווי זכויות האישה, כל רשויות המדינה מחויבות ממילא להחיל את עקרון השוויון. כאשר יש אסכולה, המאלכית, האוסרת מינוי אישה כבוררת, ומנגד יש אסכולה, החנפית, המאפשרת זאת, יש להעדיף את האסכולה המאפשרת מינוי אישה, מה גם שבתי הדין השרעיים הגבילו את סמכות הבוררים, וזאת על פי האסכולה החנפית. בג"ץ ביטל לפיכך את החלטותיהם של בית הדין השרעי לערעורים ושל בית הדין השרעי בטייבה. על פסק דין זה של בג"ץ הוגשה באופן פרטי בקשה לדין נוסף מטעם הנהלת בתי הדין השרעיים, וזו נדחתה.<sup>91</sup>

## יב. סיכום

ראינו שבתי הדין השרעיים התעקשו לסרב למינוי אישה כבוררת, הגם שבמקרים רבים הם החדירו שוויוניות רבה יותר בין הבעל לאישה. בית הדין השרעי גם היה מוכן לצמצם את סמכותו בעניין התערבותו בהחלטת הבוררים, כדי להפוך את החלטת הבוררים להחלטה מעין-שיפוטית ובכך למנוע התערבות של בג"ץ בהחלטתו. בית הדין השרעי היה מוכן להקריב את סמכויותיו, שאותן הרחיב במשך שני העשורים הקודמים, על מנת לשמר את החלוקה המגדרית

89 ס' 5 לחוק שיווי זכויות האישה.

90 ס' 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה.

91 דנג"ץ 5019/13 בית הדין השרעי לערעורים בירושלים נ' פלונית (פורסם בנבו, 14.8.2013).

בין תפקידי האישה לתפקידי הגבר. בג"ץ התערב בסופו של דבר בהחלטתו של בית הדין השרעי לערעורים וקבע שכאשר יש שתי פרשנויות שונות בדין המוסלמי, יש להעדיף את הדעה אשר מתיישבת יותר עם זכויות האדם ועקרונות השוויון. זוהי החלטה אמיצה וחשובה, שתשנה את פני המשפחה המוסלמית בישראל. בתביעות שונות כנגד בתי הדין השרעיים אפשר להחדיר שוויון רב יותר בקריאה מחדש של דיני משפחה, היות שברוב המקרים ניתן למצוא דעות ליברליות יותר. אחת התוצאות, אולי העקיפות, של פסק הדין של בג"ץ היא הודעתה של שרת המשפטים דאז, ציפי לבני, שבישיבה עם מנהל בתי הדין השרעיים ועם המועמד לנשיאות בית הדין השרעי לערעורים סוכם שייעשו מאמצים לאתר מועמדת ראויה ובעלת הכישורים הנדרשים לתפקיד קאדית בבית דין שרעי בישראל.<sup>92</sup> עם זאת, על אף שיפורים אלה, בעתיד הקרוב לא ניתן לחזות בשוויון מלא, בשל הליברליזם הפטריארכלי.

92 [www.mfa.gov.il/MFAAR/IsraelExperience/SocietyCoexistenceAndPeace/Pages/First-woman-as-Muslim-Qadi-next-year-in-Israel.aspx](http://www.mfa.gov.il/MFAAR/IsraelExperience/SocietyCoexistenceAndPeace/Pages/First-woman-as-Muslim-Qadi-next-year-in-Israel.aspx). לאחרונה אכן מונתה אישה לקאדית בבית המשפט השרעי. ראו שרון פולבר, יאיר אטינגר וג'קי חורי "הוועדה לבחירת קאדים בחרה לראשונה קאדית אשה" הארץ 25.4.2017 [www.haaretz.co.il/news/law/1.4041725](http://www.haaretz.co.il/news/law/1.4041725). אודות מינוי אישה לקאדית ראו עוד בכרך זה: איאד זחאלקה "מינוי אישה בוררת בתובענות הפרדה וגירושין בבתי הדין השרעיים: בין הדין השרעי למשפט הישראלי" משפחה במשפט ח (2016–2017).

## עולה על בריקדת הפטריארכליות: בית הדין השרעי והתנגדותו למינוי בוררת-אישה בהליכי גירושין

מאת

### עידו שחר\*

מאמר זה מבקש להסביר את הסיבות להתנגדותם הנחרצת של בתי הדין השרעיים בישראל למינוי בוררת אישה בתיקי "ריב וסכסוך" (נזאע ושקאק). המאמר מראה כי הפונקציה התפקידית שממלאים הבוררים בהליכי ריב וסכסוך נושאת בחובה משקל אידיאולוגי פטריארכלי ניכר, השואב משני מקורות: א. מהמאפיינים התרבותיים של פעולת הבוררים, המתבססים על 'תכונות' פטריארכליות מובהקות; ב. מההקשר המבני של פעולת הבוררים, המתקיים במרחב המשפחתי-הפרטי. היות ומרחב זה נתפס כאותנטי יותר ומפולש פחות מהמרחב הציבורי – התערבות בו, וערעור הערכים הפטריארכליים העומדים בבסיסו, מעוררים התנגדות עזה. שילובם של שני מרכיבים אלו, הוא שהביא להתייצבותו החד-משמעית של בית הדין השרעי לערעורים כנגד מתן אפשרות למינוי נשים לתפקיד של בוררות בתיקי ריב וסכסוך הנדונים בבתי הדין השרעיים בישראל.

- א. מבוא
- ב. השתלשלות העניינים: מסכסוך בין בני זוג בטייבה לפסיקה עקרונית של בג"ץ
- ג. שלושה הסברים אפשריים
- ד. סיכום

\* דוקטור לפילוסופיה, החוג היסטוריה של המזרח התיכון, הפקולטה למדעי הרוח, אוניברסיטת חיפה. ברצוני להודות לעמליה סער, לאיריס אגמון, לרוני שחם ולדורון פלי על הערותיהם המועילות על גרסה מוקדמת של מאמר זה. כמו כן, אני אסיר תודה לעורכות כתב העת ולקוראים האנונימיים, שהערותיהם סייעו מאוד בחידוד הטענות המובאות במאמר.



## א. מבוא

בחודשים שלפני מתן פסק הדין בבג"ץ פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים<sup>1</sup> החלו להגיע לאוזני שמועות והערכות על אודות התיק הדרמטי הזה, התלוי ועומד בבג"ץ. מכרים וידידים – חלקם מתוך השדה השרעי, וחלקם משקיפים חיצוניים לו – הזכירו את המקרה וציינו כי הוא מאיים להציב את בית הדין השרעי ואת בג"ץ על מסלול התנגשות נורמטיבי ומשפטי. בני שיחי תיארו את השתלשלות העניינים המשפטית וניסו לנחש כיצד יפסוק בג"ץ. רובם ככולם, יש להודות על האמת, העריכו כי בג"ץ יימנע (שוב) מלנפק פסק דין עקרוני וחד, ויעדיף מוצא פרוצדורלי או פורמליסטי כזה או אחר.<sup>2</sup>

ובכן, הם טעו. פסק הדין המהפכני והאמיץ שכתבה השופטת עדנה ארבל, אליו הצטרפו עמיתיה השופטים מרים נאור ונעם סולברג, נכנס לעובי הקורה ואינו מהסס לגעת בסוגיות עקרוניות כגון מידת כפיפותו של בית הדין הדתי לחוק האזרחי, ואופיו של הדין המהותי בבתי הדין הדתיים. בג"ץ, כמו בית הדין השרעי לערעורים לפניו, בחר לדון בסוגיה הזו בלא מעקפים, והתוצאה היא, כאמור, פסק דין עקרוני, שמהווה נדבך חשוב נוסף במאמץ המתמשך להסדיר את היחסים שבין הדין הדתי לחוק האזרחי ולהגדירם.

מעבר לבחינת המשמעויות העקרוניות של פסק הדין המדובר, נשאלת השאלה, מה היה בו, במקרה הזה, שחילץ מהערכאות המעורבות – הן בג"ץ והן בית הדין השרעי לערעורים – עמדות אידאולוגיות ובלתי מתפשרות שכאלו? אחרי הכול, המדובר כאן בסוגיה הנראית על פניה שולית: האם יכול מי מהצדדים בתביעת ריב וסכסוך ("נזאע ושקאק" – ראו הסבר בחלק ב' של המאמר), הנדונה בבית הדין השרעי, למנות בוררת מטעמו בהליך משפטי המתקיים מחוץ לכותלי בית הדין? עם כל הכבוד הראוי, בוררים הממונים על ידי בתי הדין השרעיים (אהל אל-ח'יר, מחכמין) הם בעלי תפקיד זוטרי יחסית, וזמני בלבד, בתהליכי פתרון הסכסוך – ודאי זוטרי יותר מזה של עורכי דין וטוענים שרעיים או של קאדים. והנה, בעוד עורכות דין וטוענות שרעיות פועלות בבתי הדין מזה שנים רבות, ובעוד שהסכמה למינוי קאדית בבתי הדין השרעיים בישראל הושגה כבר לפני כמה שנים,<sup>3</sup> הרי שבמקרה הבוררות נקט בית הדין השרעי עמדה שוללת ובלתי מתפשרת. גם בג"ץ בחר, כאמור, שלא להתחמק וניפק פסק דין עקרוני.

- 1 בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים (פורסם בנבו, 27.6.2013) (להלן: בג"ץ הבוררת).
- 2 ראו למשל בג"ץ 1008/01 עובייד נ' השר לענייני דתות, יוסי ביילין, פ"ד נה(3) 857 (2001) שניתן ביום 6.5.2001. בתיק זה התבקש בג"ץ להתערב ולבטל מינוי של קאדי לבית הדין השרעי בירושלים, לאחר שהוועדה למינוי קאדים העדיפה מועמד (גבר), חסר ניסיון ורקע בתחום, על פני מועמדת בעלת רקע עשיר. בג"ץ נמנע מלהתערב בשיקולי הוועדה למינוי קאדים, בנימוק שההליך לא היה בלתי תקין.
- 3 בשלהי שנת 2013 דווח על הסכמה עקרונית למינוי קאדית בין בכירים במערכת בתי הדין השרעיים לבין שרת המשפטים דאז ציפי לבני. באפריל 2017, תחת כהונתה של שרת המשפטים

את השאלה מדוע פסק בג"ץ כפי שפסק אותיר לפרשנים אחרים. במאמר זה אני אנסה להתחקות אחר מניעיו של בית הדין השרעי לערעורים ולספק מענה – ולו חלקי ופרשני – להתעקשותו התמוהה לאסור על מינוי נשים כבוררות בתיקי ריב וסכסוך. ואכן, ממבט ראשון דומה כי שם התואר "תמוה" הולם בהחלט את תיאור עמדתו של בית הדין, אשר השתמע ממנה צמצום בסמכויותיהם של הקאדים המכהנים וחיזוק מעמד הבוררים על חשבונם. בחינת הנימוקים שהשמיע בית הדין השרעי לערעורים להצדקת עמדתו בפני הבג"ץ רק מחזקת את התמיהה: עולה ממנה כי נימוקיו של בית הדין סותרים באופן ישיר הן פסיקות עקרוניות קודמות שלו בסוגיות משיקות, והן את המגמות השיפוטיות שהוא עצמו הוביל בעשורים האחרונים (ראו על כך בפרק הבא). יתרה מזאת, נראה כי ההתעמתות עם בג"ץ בעקבות עמדתו בסוגיית מינוי הבוררות סותרת באופן מובהק את האינטרס העמוק של בית הדין להפחית ככל האפשר את ההתערבות המדינתית בפעולתו, התערבות שעלולה לצמצם עוד ועוד את האוטונומיה השיפוטית והארגונית שממנה הוא נהנה.

אני חוזר, אם כן, לשאלה הבסיסית שהצבתי למעלה: איך ניתן להסביר את נכונותו של בית הדין השרעי לערעורים לנקוט עמדה מתריסה מול בג"ץ ולהסתכן בהתערבות בפסיקתו – וכל זאת בנוגע לסוגיה שולית וחסרת חשיבות באופן יחסי? התשובה לשאלה זו, כך אבקש לטעון, מצויה לא בשיקולים פוליטיים או מוסדיים כאלו או אחרים, לא בלחצים חיצוניים ואף לא בכשלים בלוגיקה המשפטית שלו; התשובה מצויה במישור הערכי-אידאולוגי. באופן ספציפי יותר, אני אטען כי התעקשותו של בית הדין השרעי לערעורים לאסור על מינוי בוררת-אישה נבעה בראש ובראשונה ממחויבותו לערכים הפטריארכליים העומדים בבסיס הליך הבוררות. הליך זה – הכולל את הקמתה של "מועצה משפחתית" (מג'לס עאאלי), שבה משתתפים נציגים-בוררים מטעם של הצדדים המסוכסכים – מבטא במידה רבה עיקר כלשהו או "גרעין" הנוגע לערכי היסוד של הסדר הפטריארכלי.

יתר על כן, ה"מועצה המשפחתית" נתפסת כפרקטיקה רגישה במיוחד, היות שהיא פועלת ומתקיימת בתוך המרחב המשפחתי-פרטי המובהק. כפי שאבקש לטעון, בהקשר של הוויית המיעוט הפלסטיני-מוסלמי במדינת ישראל של ימינו, הספּרה הפרטית-משפחתית נחוות או נתפסת כמעוז האחרון של תרבות וזהות ערביות-מוסלמיות, שיש להתגייס כדי להגן עליו. בעוד הספּרה הציבורית נחוות כמפולשת, פרוצה ונשלטת ממילא בידי נורמות ופרקטיקות לא-ערביות או לא-אסלאמיות, הרי שהספּרה הפרטית עודנה נתפסת כ"אותנטית" ונקייה יותר. בהתאם לכך, בעוד התערבות חיצונית בענייני המיעוט הערבי בישראל בהקשר של הספּרה הציבורית נתפסת כמקובלת יותר, ולפיכך גם איננה מעוררת התנגדות של ממש, הרי שהתערבות חיצונית בספּרה הפרטית של הפלסטינים בישראל נחוות כפולשנית הרבה יותר,

איילת שקד, התמשה ההבטחה כאשר עורכת הדין הנא ח'טיב מונתה לקאדית. ראו שרון פולבר, יאיר אטינגר וג'קי חורי "הוועדה לבחירת קאדים בחרה לראשונה קאדית אשה" הארץ 25.4.2017. [www.haaretz.co.il/news/law/1.4041725](http://www.haaretz.co.il/news/law/1.4041725)

ומעוררת לפיכך התנגדות רבה יותר. במילים אחרות, אבקש לטעון כי בית הדין השרעי עלה על הבריקדות בסירובו למנות בוררת-אישה, משום שמינוי שכזה מאיים לשנות את סדרי העולם הפטריארכליים באותו אזור פרטי, רגיש ואינטימי, שנותר עד עתה (לכאורה לפחות) ללא התערבות חיצונית.

לזו הטיעון במאמר הוא כדלקמן: למרות שוליותה לכאורה של הפונקציה התפקידית שממלאים הבוררים בהליכי ריב וסכסוך, הרי שפונקציה זו נושאת בחובה משקל אידאולוגי פטריארכלי רב, אשר אינו מצוי בהכרח בפונקציות תפקידיות חשובות יותר (טוענים שרעיים, עורכי דין, קאדים). המטען הפטריארכלי החריג הנלווה אל תפקיד הבוררים שואב הן מהמאפיינים התרבותיים של פעולתם והן מההקשר המבני, שממקם פעולה זו במרחב המשפחתי-הפרטי. היות שמרחב זה נתפס כאוטנטי יותר מהמרחב הציבורי ומפולש ממנו פחות, התערבות בו, וערעור הערכים הפטריארכליים העומדים בבסיסו, מעוררים התנגדות עזה יותר. מסיבה זו התייצב בית הדין השרעי לערעורים להגנת זהותם הגברית של הבוררים.

כדי לבסס טיעון זה, אסקור תחילה בקצרה את השתלשלות העניינים המשפטית בתיק המדובר, תוך התמקדות בנימוקים שהעלה בית הדין השרעי להצדקת עמדתו. ניתוח הנימוקים ימחיש עד כמה סתרה פסיקתו של בית הדין השרעי בסוגיית מינוי בוררת-אישה את המגמות השיפוטיות שהוא הנהיג בשנים האחרונות, ואילו מחירים היה בית הדין השרעי מוכן לשלם כדי להמשיך ולדבוק בעמדה זו. לאחר מכן, אדון בכמה הסברים אפשריים להבנת עמדתו של בית הדין השרעי לערעורים: חילופי גברי במוסד זה, לחצים חיצוניים שהופעלו עליו ומחויבות אידאולוגית לערכים פטריארכליים. כפי שאבקש להראות, ההסבר השלישי הוא המשכנע ביותר. בפרק הסיכום של המאמר אנסה למקם את המקרה הנדון בהקשר רחב יותר של הסוציולוגיה של בתי הדין השרעיים בישראל, ולגזור מסקנות באשר לתהליכים המתרחשים במוסדות הללו בשנים האחרונות.

### **ב. השתלשלות העניינים: מסכסוך בין בני זוג בטייבה לפסיקה עקרונית של בג"ץ**

להלן בקיצור נמרץ סיפור המעשה. בני זוג תושבי טייבה הסתכסכו זה עם זה, ובתחילת שנת 2009 עזבה האישה את בית הנישואין ועברה להתגורר בבית אביה. האישה הגישה תביעת מזונות בבית המשפט לענייני משפחה, ובד בבד, בסוף אפריל 2009, הגיש הבעל תביעת "ריב וסכסוך" (נזאע ושקאק) בבית הדין השרעי בטייבה.<sup>4</sup> תביעת ריב וסכסוך מבוססת על סעיף 130

4 תיק (אזורי טייבה) 317/2009 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 1.11.2010).

לחוק המשפחה העות'מאני,<sup>5</sup> הקובע מנגנון שעל פיו יש לפעול במקרים של סכסוך בין בני זוג: הקאדי ימנה בורר מטעמו של כל צד; הבוררים יקשיבו לטענות הצדדים וינסו לרדת לשורשי הסכסוך, תוך שאיפה ליישב את הסכסוך ולהגיע לשלום בית. אם הם מגיעים למסקנה שלא ניתן להשיג שלום בית, הם מורשים להמליץ על פירוקו של קשר הנישואין תוך מתן פיצוי לצד הנפגע (כלומר אם הבעל אשם בסכסוך, עליו לפצות את אשתו במלוא סכום המוהר המובטח לה; אם האישה אשמה, תשלום המוהר יישלל ממנה; אם שניהם אשמים, האישה תקבל רק סכום יחסי מהמוהר המובטח).<sup>6</sup>

סעיף 130 בחוק המשפחה העות'מאני נועד להרחיב במידת מה את האפשרויות הפתוחות בפני נשים החפצות לצאת מקשר נישואין שאין הן רוצות בו.<sup>7</sup> גברים, לעומת זאת, לא היו אמורים להשתמש בו, שכן בפניהם פתוחה תמיד האפשרות לגרש את נשותיהם באופן חד-צדדי (גירוש טלאק).<sup>8</sup> עם זאת, בישראל, שבה הפך הגירוש החד-צדדי (כלומר ללא הסכמת האישה) לעבירה פלילית שדינה מאסר וקנס (והיא אף עלולה לגרור תביעת נזיקין אזרחית),<sup>9</sup> הפכה

- 5 חוק המשפחה המוסלמית (1917), אשר נחקק לפני כמעט מאה שנה באימפריה העות'מאנית, מהווה עד היום את הבסיס של הדין המהותי הנוהג בבתי הדין השרעיים בישראל. החוק נוסח באמצעות המתודה האקלקטית (תח"ר), והוא שואב לפיכך הלכות וסעיפים מארבע האסכולות הסוניות. סעיף 130 לחוק באופן ספציפי מבוסס על האסכולה המשפטית המאלכית, והוא נועד – כפי שהעירו פרשנים רבים – להרחיב את העילות לפירוק הנישואין מעבר לעילות המקובלות באסכולה החאנפית. לפי סעיף זה, קיומו של סכסוך בין בני זוג מהווה עילה לפירוק קשר הנישואין, וזאת באמצעות מנגנון הבוררות המתואר להלן. לדיון מאיר עיניים בחוק המשפחה העות'מאני ראו מוסא אבו רמדאן "מעמדו של חוק המשפחה העות'מאני" לנוכח בית הדין השרעי: תהליכי שינוי במעמדן של נשים מוסלמיות בישראל ובמזרח התיכון 49 (ליאת קוזמא עורכת, 2011); Judith Tucker, *Revisiting Reform: Women and the Ottoman Family Law*, 1917, 1 ARAB STUD. J. 4 (1996) של נואע ושקאק ראו: Moussa Abou Ramadan, *Divorce Reform in the Shari'a Court of Appeals in Israel (1992–2003)*, 13 ISLAMIC L. & SOC'Y 242 (2006).
- 6 במקרה של אי-הסכמה בין הבוררים יכול הקאדי למנות בורר נוסף מטעמו או למנות שני בוררים חדשים. סוגיות אלה אינן נדונות במקרה זה, ולפיכך איני מרחיב עליהן את הדיבור.
- 7 הדברים נאמרו במפורש בדברי ההסבר לחוק. ראו: Darina Martykanova, *Matching Sharia and Governmentality: Muslim Marriage Legislation in the Late Ottoman Empire*, in *LAYERS OF POWER: SOCIETIES AND INSTITUTIONS IN EUROPE* 153, 168–169 (Bermejo Saúl Martínez, Martykánová Darina & Samardzic Momir eds., 2010). see also: [www.cliohres.net/books4/1/09.pdf](http://www.cliohres.net/books4/1/09.pdf)
- 8 לסקירה תמציתית של סוגי הגירושין השונים ושל הכללים המקובלים באסכולות הסוניות השונות בנוגע אליהם ראו יעקב מירון הדין המוסלמי בראייה השוואתית (2001).
- 9 שם, בעמ' 226.

הפרוצדורה של נזאע ושקאק לכלי מקובל גם בקרב גברים החפצים לפרק את קשר הנישואין בהסכמה.<sup>10</sup>

במקרה זה, כאמור, הבעל הוא שהגיש את תביעת הנזאע והשקאק. האישה, באמצעות עורך דינה, ביקשה לדחות את התביעה על הסף בטענה שהיא הוגשה שלא בתום לב, ושלבטל אין ראיות של ממש לסכסוך שנפל לכאורה בין בני הזוג. ואולם, הקאדי פסק – בהתאם להלכה שהנהיג בית הדין השרעי לערעורים בשנים האחרונות – כי השתכנע בקיומו של סכסוך בין בני הזוג, ולפיכך אין צורך בראיות נוספות.<sup>11</sup> האישה עתרה לבית הדין השרעי לערעורים כנגד החלטה זו, אולם בית הדין השרעי לערעורים דחה את העתירה בנימוק שלא ניתן לערער על החלטה מקדמית מסוג זה.<sup>12</sup>

התיק הוחזר לבית הדין השרעי בטייבה, והקאדי הורה לצדדים להעביר לו שמות בוררים מטעמם. ביום 17.1.2011 העבירה האישה את שמה של הבוררת שתייצג אותה, לבקשתה, בהליכי הבוררות. יום לאחר מכן, ביום 18.1.2011, פסק הקאדי של טייבה כי מינוי הבוררת אינו חוקי, שכן לפי האסכולה המאלכית, שעליה מבוסס סעיף 130 (כמו גם לפי האסכולות החנבלית והשאפעית), רק גברים יכולים לשמש כבוררים. הקאדי פסל אפוא את מינוי הבוררת והורה לאישה להעביר לבית הדין את שמו של בורר-גבר בתוך שלושה ימים, שאם לא כן ימנה בית הדין בורר מטעמו.

כחמישה ימים לאחר מכן, ביום 23.1.2011 הגישה האישה באמצעות עורך דינה ערעור נוסף לבית הדין השרעי לערעורים. בערעור זה היא ביקשה לבטל את פסיקתו של בית הדין השרעי המקומי בטייבה, השוללת מינוי בוררת-אישה. בית הדין השרעי לערעורים ישב על המדוכה, ולבסוף הוציא החלטה לאקונית (שהתקבלה בלא דיון בנוכחות הצדדים), המאשרת את פסיקת בית הדין של טייבה: היות שסעיף 130 בחוק המשפחה העות'מאני מבוסס על האסכולה המאלכית, ראוי שכללי מינוי הבוררים בתביעות נזאע ושקאק ייקבעו על פי המקובל באסכולה זו. מכיוון שהאסכולה המאלכית קובעת כאמור כי רק גברים יוכלו לשמש כבוררים, בית הדין לערעורים דחה את העתירה.<sup>13</sup>

בהתאם להחלטתו של בית הדין השרעי לערעורים הורה קאדי בית הדין השרעי בטייבה לאישה למנות בורר-גבר מטעמה וקצב לה זמן לעשות זאת. משלא עמדה בלוח הזמנים החליט

10 Yitzhak Reiter, *Judge Reform: Facilitating Divorce by Shari'a Courts in Israel*, 11 J. ISLAMIC L. & CULTURE 13 (2009).

11 ראו למשל פסקי דין של בית הדין השרעי לערעורים: 210/98 מיום 2.3.1999; 2/97 מיום 15.6.1997. לניתוח נימוקיו של בית הדין בפסיקה זו ראו Abou Ramadan, לעיל ה"ש 5, בעמ' 263–259.

12 מן הראוי להעיר כאן כי המנגנון של הנזאע והשקאק שנועד מלכתחילה לשפר את מצבן של נשים במסגרת מוסד המשפחה (לעיל ה"ש 5), תורגם בסופו של דבר, ובאופן אירוני, למנגנון המאפשר את המשך הדרתן של נשים ממשאבים כספיים המגיעים להן לכאורה לפי הכללים השרעיים.

13 תיק 28/2011, מיום 5.4.2011.

בית הדין השרעי בטייבה למנות שני בוררים מטעמו. בתגובה להחלטה זו, ביום 19.5.2011 עתרה האישה לבג"ץ וביקשה שיוציא צו המורה לבית הדין השרעי האזורי בטייבה ולבית הדין השרעי לערעורים לנמק מדוע לא יתירו לה למנות בוררת כנציגה מטעמה בהליך הנזאע והשקאק. נימוקי העתירה נגעו הן בסוגיות פרוצדורליות (לא ניתן לה להשמיע את טענותיה בפני בית הדין השרעי לערעורים), והן בסוגיות מהותיות ("למען הצדק" ומשום שבתי הדין השרעיים חרגו, לטענתה, מסמכותם, משהתעלמו בפסיקתם בעניין מינוי בוררת-אישה מחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951). סקירה מקיפה של הנימוקים המועלים בעתירה חורגת מתכליתו של מאמר זה. די אם אציין כי העתירה העלתה שורה של טענות משפטיות, שהתבססו על דיון נרחב הן בחקיקה האזרחית, הן בחוק המשפחה העות'מאני ובמג'לה והן בפסיקה רלוונטית של בג"ץ.

לאור אופייה העקרוני של העתירה ניפק בג"ץ צו ביניים המורה לבית הדין השרעי לערעורים להציג את עמדתו המפורטת ביחס לטענות הצדדים. התגובה המפורטת לעתירה מיום 18.6.2012, שניתנה בידי בית הדין השרעי לערעורים, היא שעומדת במרכז מאמר זה. את התגובה ניסח הקאדי דאוד זיני, המשמש כיום נשיא בית הדין השרעי לערעורים, ואשררו אותה הקאדים עבד אל-חכים סמארה וזיאד אלהואני, שישבו עמו בהרכב. בתגובתו זו דבק בית הדין השרעי לערעורים בעמדה שביטא כבר בפסיקתו הלאקונית הקודמת – קרי שחל איסור על מינוי אישה בוררת בתיקי נזאע ושקאק – ועיגן עמדה זו בטיעון בעל שלוש רגליים:<sup>14</sup>

א. סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני הקובע מינוי בוררים בהליך נזאע ושקאק מבוסס על ההלכה המאלכית, ולפיכך, על בסיס סעיף 1801 למג'לה<sup>15</sup> הקובע כי "הלכה שהסלטאן אימץ הופכת להלכה מחייבת", חובה ליישמו לאור הכללים הנהוגים באסכולה זו.

ב. לפי האסכולה המאלכית, חל איסור מוחלט על מינוי נשים כבוררות, שכן הבוררים הם בעלי סמכות דתית ומשפטית ותפקידם שקול לתפקידו של קאדי. אי לכך, מבחינה דתית-שרעית חל איסור על מינוי בוררת לפי סעיף 130 של חוק המשפחה העות'מאני.

ג. בית הדין השרעי אמנם מכיר בתחולתו של חוק שיווי זכויות האישה על פסיקותיהם של בתי הדין השרעיים, אולם קובע כי חוק זה אינו חל על מינוי בוררים, היות שהבוררים מהווים פונקציה דתית-שיפוטית. בית הדין מסתמך כאן על סעיף 7(ג) לחוק שיווי זכויות האישה (זהו סעיף שנוסף לחוק בתיקון חקיקה שעבר בשנת 2000),<sup>16</sup> הקובע כי:

14 תגובתו המפורטת של בית הדין לערעורים (כ-11 עמודים) אמנם כללה התייחסות לסוגיות נוספות, כמו גם הנמקות משפטיות נוספות, אולם אם לחטוא בפשטנות מסוימת (ובקיצור הכרחי), הרי שלוו הטיעון נבנה על שלוש הרגליים הללו.

15 המג'לה, הקוד האזרחי העות'מאני, נחקק בין השנים 1869–1876. חוק זה אמנם בוטל ונמחק מספר החוקים הישראלי ב-1984, אולם הוא ממשיך להיות תקף בבתי הדין השרעיים בישראל. על חשיבותה של המג'לה בבתי הדין השרעיים בישראל ראו זחאלקה בתי הדין השרעיים: בין השיפוט לזהות 2 (2009).

16 חוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), התש"ס-2000, ס"ח 168.

הוראות חוק זה לא יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, ובכלל זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים.

לאור החרגה זו קבע בית הדין השרעי לערעורים כי בהתאם להוראותיה של האסכולה המאלכית, מינוי נשים כבוררות בתיקי נזאע ושקאק אסור בתכלית. המהלך הלוגי העומד בבסיס הטיעון הזה נראה אולי פשוט למדי, אולם הוא חייב את בית הדין השרעי לערעורים להפנות עורף ללוגיקה השיפוטית שהוא עצמו אימץ למן שנות התשעים, אשר התבססה במידה רבה על היכולת לתמרן בין הדעות של האסכולות השונות ועל היכולת לבחור את הדעה שהתאימה ביותר לצרכיו. למעשה, מאז שנות התשעים היווה התק"ר – הגישה האקלקטית המאפשרת לשלב הלכות שאובות מאסכולות שונות כדי להגיע לפתרון הטוב ביותר – מנגנון מרכזי שבאמצעותו הוביל בית הדין השרעי שינויים וקבע הלכות חדשות וליברליות.<sup>17</sup>

והנה, במקרה זה, לא די שבית הדין השרעי בחר להעדיף את התפיסה המקובלת (והשמרנית) של האסכולה המאלכית, הוא הסביר שאין לו בררה אלא לעשות זאת, כיוון שהסעיף המדובר בחוק המשפחה העות'מאני לקוח מאסכולה זו. טיעון זה מצמצם במשתמע את המרחב השיפוט־פרשני של בית הדין השרעי גם במקרים נוספים בעתיד, שכן כעת ניתן יהיה לטעון כי יש להעדיף תמיד (שלא לומר שחובה לבחור תמיד) את ההלכה המקובלת באסכולה שממנה שאובה הפרקטיקה המשפטית הנדונה.

פניית פרסה מפתיעה אפילו יותר ביצע בית הדין השרעי לערעורים ביחס להגדרת תפקידם של הבוררים. כפי שראינו, כדי לבסס את הטיעון שחוק שיווי זכויות האישה אינו חל על מינוי בוררים בתיקי נזאע ושקאק, קבע בית הדין כי לבוררים שמור תפקיד דתי־שיפוטי המקביל לתפקידו של קאדי. קביעה זו עומדת בסתירה מוחלטת לא רק למגמה שאיפיינה את פסיקתו של בית הדין השרעי לערעורים בשני העשורים האחרונים – מגמה של חיזוק מעמד הקאדים וביסוסו על חשבון כל יתר השחקנים בשדה השרעי<sup>18</sup> – אלא אף לפסיקותיו הספציפיות של בית הדין בסוגיית הבוררים. סוגיה זו כבר נדונה בעבר כמה פעמים בבית הדין השרעי לערעורים, ואף התגלגלה לפתחו של בג"ץ. בית הדין השרעי לערעורים קבע בעבר, ויותר

17 אהרן ליש "סיגולו של משפט הלכתי לזמן המודרני בסביבה זרה: השריעה בישראל" דברי האקדמיה הלאומית למדעים ט 13 (2005); זחאלקה, לעיל ה"ש 15. ראו גם אמירה מפורשת של בית הדין השרעי לערעורים בעניין זה: תיק 174/2000, מיום 30.1.2001. לדיון ביקורתי בפרקטיקה זו ראו Moussa Abou Ramadan, *The Transition From Tradition to Reform: The Shari'a Appeals Court Rulings on Child Custody (1992–2001)*, 26 *FORDHAM INT'L L.J.* 595, 624–627 (2003).

18 Moussa abou Ramadan, *Notes on the Anomaly of the Shari'a Field in Israel*, 15 *ISLAMIC L. & SOC'Y* 84 (2008).

מפעם אחת, כי הבוררים אינם קאדים ואינם מורשים לפרק קשר נישואין.<sup>19</sup> עמדתו הבלתי משתמעת לשתי פנים הייתה שרק הקאדי מוסמך לפרק קשר כזה, ולפיכך קביעתם של הבוררים היא בבחינת המלצה, העומדת לשיקול דעתו של הקאדי. בג"ץ אשרר בפסקתו עמדה זו ונתן לה גושפנקה מלאה.<sup>20</sup>

והנה, במקרה זה, כדי להצדיק את הסירוב למנות אישה לתפקיד בוררת, מוכנים לפתע הקאדים בבית הדין השרעי לערעורים להעניק לבוררים תפקיד שיפוטי לכל דבר ועניין. השופטת עדנה ארבל עמדה בפסק דינה על חוסר העקיבות בעמדות שביטא בית הדין השרעי לערעורים בסוגיה זו, ובחרה להעדיף את עמדתו הקודמת, הקובעת כי הבוררים כפופים לקאדי.<sup>21</sup> למעשה, קביעה זו היא שעמדה בבסיס פסיקתה של ארבל שמינוי בוררים בתיקי נזאע ושקאק אינו מוחרג מהכלל שקבע חוק שיווי זכויות האישה: מכיוון שאין להם תפקיד שיפוטי, הרי שאסורה אפליה לפי מין באיוש התפקיד ודין העתירה להתקבל.

ניתן להעריך כי הפרשה גרמה לבית הדין השרעי לערעורים נזק לא מבוטל. הוא הוצג (שוב) כמוסד שמרני, המעדיף לדבוק במנהגים מיושנים ופטריארכליים,<sup>22</sup> אולם חמור מכך, האוטונומיה השיפוטית שלו הועמדה במקרה זה בסימן שאלה לאור התערבותו של בג"ץ. זה האחרון, לא זו בלבד שפסל את פרשנותו הדתית והפרוצדורלית של בית הדין השרעי לערעורים לדין הנוהג בבתי הדין השרעיים, אלא אף נזף בו וביטל את פסק דינו. מן הראוי להבהיר כאן כי האוטונומיה שממנה נהנים בתי הדין השרעיים בישראל אמנם אינה פורמלית,<sup>23</sup> אך זוהי אוטונומיה בפועל המתבססת על כך שבתי הדין הללו הם המוסדות המשפטיים היחידים בישראל המתנהלים בערבית, על כך שהם נהנים מדרגות חופש שיפוטיות מרחיקות לכת ועל כך שהמסד הישראלי ממעט מאוד להתערב במתרחש בהם.<sup>24</sup> כל התערבות – ובוודאי כזו הכרוכה בביטול פסק דין, בניזיפה ובקביעת תקדים מחייב – מצמצמת אפוא את המרחב האוטונומי הזה ומאיימת לפגוע בלגיטימיות של בתי הדין השרעיים בקרב בעלי הדין המוסלמים.

עמדתו הבלתי מתפשרת של בית הדין השרעי לערעורים, השוללת מינוי נשים כבוררות, עלתה לו לפיכך במחיר לא פשוט. מדוע היה מוכן בית הדין לשלם את המחיר הזה, ומדוע היה מוכן להסתכן בהתערבות מצדו של בג"ץ? על כך אנסה לענות בפרק הבא.

- 19 ראו למשל פסקי דין ערעורים 139/99, 115/00, 216/00.
- 20 בג"ץ 9347/99 חמזה נ' בית-הדין השרעי לערעורים בירושלים, פ"ד נה(2) 592 (2001).
- 21 בג"ץ הבוררת, לעיל ה"ש 1, פס' 38 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 22 ראו למשל את הדיווח באתר של הארגון הפמיניסטי כייאן על פסיקת בג"ץ.
- 23 אכן, אבו רמאדאן, המאמץ נקודת מבט פורמליסטית, טוען כי בתי הדין השרעיים בישראל אינם נהנים מכל אוטונומיה שהיא. ראו Abou Ramadan, לעיל ה"ש 17.
- 24 ראו Ido Shahar, *Legal Reform, Interpretive Communities and the Quest for Legitimacy: A Contextual Analysis of a Legal Circular*, in LAW, CUSTOM AND STATUTE IN THE MUSLIM WORLD: STUDIES IN HONOR OF AHARON LAYISH 199 (Ron Shaham ed., 2007).



### ג. שלושה הסברים אפשריים

ההסבר הראשון לעמדתו ה"תמוהה" של בית הדין השרעי לערעורים בנוגע למינוי אישה בוררת מתייחס לפוליטיקה הפנימית במוסד זה ולחילופי הגברי שהתרחשו בו זמן קצר לאחר מתן התשובה לבג"ץ. הסבר זה הועלה על ידי כמה מבני שיחי המכירים היטב את השדה המשפטי השרעי. לטענתם, נשיאו הוותיק ורב ההשפעה של בית הדין לערעורים – הקאדי אחמד נאטור – אמנם הודיע על פרישתו מהתפקיד חודשים מעטים לאחר מתן התשובה לבג"ץ,<sup>25</sup> אולם ההודעה באה בעקבות מאבק כוחות שהיו מעורבים בו הן גורמים מתוך המערכת השרעית והן גורמים חיצוניים לה.<sup>26</sup>

מנקודת מבט זו, יש לייחס את השינוי בעמדתו של בית הדין השרעי לערעורים ביחס לתפקידם של הבוררים, לתחרות על ירושתו של הקאדי נאטור או לרצונם של יורשים פוטנציאליים לבדל את עצמם מהנשיא הקודם. הטענה שהועלתה היא כי בניגוד לקאדי נאטור, אשר עשה מאמץ שלא להגיע לעימותים עם בג"ץ, ושעודד רפורמות מגדריות רבות בבתי הדין השרעיים,<sup>27</sup> המועמד המוביל לרשת את מקומו – הקאדי דאוד זיני – בחר לנקוט עמדות שמרניות וביקש לבטא התרסה אל מול החקיקה הישראלית הליברלית וחוק שיווי זכויות האישה.

הסבר זה לוקה בעיניי משתי בחינות: ראשית, הוא יורד לגופו של אדם ומצמצם את הדיון לאינטרסים פרטיים ולשיקולים אינסטרומנטליים צרים; שנית, ואף חשוב יותר, הוא אינו עומד במבחן המציאות כאשר בוחנים את פסיקותיו ועמדותיו של הקאדי זיני – הן אלו שלפני מינויו לנשיא בית הדין השרעי לערעורים, והן אלו שלאחר מינוי זה. הקאדי זיני חתום, כשותף או ככותב ראשי, על חידושי פסיקה ליברליים לא מעטים שהונהגו בבתי הדין השרעיים בשנים האחרונות. כך למשל, זיני הוא שכתב את פסק הדין בערעור 76/07, שקבע כי הקאדי אינו מחויב לקבל את החלטת הבוררים בתיקי נזאע ושקאק, אם אלו קבעו שיש לשלול מהאישה את כל המוהר או את חלקו.<sup>28</sup> כפי שהוזכר כבר למעלה, בשלהי שנת 2013 פורסם כי הקאדי זיני, ביחד עם הקאדי סמארה (מנהל בתי הדין השרעיים), נפגשו עם שרת המשפטים דאו ציפי לבני והסכימו לפעול למינוי אישה כקאדי ראשונה בבתי הדין השרעיים בישראל.<sup>29</sup> במילים

25 הקאדי נאטור הודיע על פרישתו בנובמבר 2012.

26 ראו הדיווח באתר אל-ערב מיום 30.5.2012, [www.alarab.com/Print/461808](http://www.alarab.com/Print/461808).

27 Reiter, לעיל ה"ש 10; זחאלקה, לעיל ה"ש 17, בעמ' 61–76.

28 פסיקה זו עומדת כמובן בסתירה משועת לפסיקתו במקרה הנוכחי, המעניקה לבוררים מעמד שווה למעמדם של הקאדים. הקאדי זיני אף היה שותף בהרכב הקאדים בערעור מס' 90/00 בעניין מזונות אישה, שבו נקבע כי בניגוד למה שהיה מקובל בעבר, מעתה ואילך תיקבע זכאותן של נשים למזונות מיום הגשת הקובלנה, ולא מיום מתן פסק הדין.

29 ראו לעיל ה"ש 3.

אחרות, גם אם ביקש הקאדי זיני לבדל את עצמו מקודמו, הקאדי נאטור, לא נראה שהוא עשה זאת באמצעות נקיטת עמדות פטריארכליות שמרניות ובלתי מתפשרות.

הסבר שני לעמדתו של בית הדין השרעי לערעורים בעניין מינוי אישה-בוררת נוגע למאפייני פסיקתו הגמישה (אם להשתמש בלשון נקייה) או הבלתי עקיבה (בלשון ביקורתית) של המוסד השיפוטי זה. אכן, משקיפים לא מעטים שניתחו את פסיקותיהם של בתי הדין השרעיים בישראל לאורך השנים עמדו על אופיים הגמיש והמסגל של בתי דין אלה ועל חוסר העקיבות השיפוטי המאפיין אותם. אהרן ליש, למשל, הצביע כבר בראשית שנות השבעים על הבדלים ניכרים במדיניותם השיפוטית של הקאדים השונים שכינהו בדין והסביר אותם כנובעים מרקע שונה ומהשכלה שונה.<sup>30</sup>

מוסא אבו רמדאן, בשורה של מאמרים מאירי עיניים, ניתח את המדיניות השיפוטית שהנהיג בית הדין השרעי לערעורים בשנות התשעים והאלפיים, ועמד על חוסר העקיבות של מדיניות זו: לעתים בחר בית הדין לתמרן באופן אינסטרומנטלי בין האסכולות השרעיות השונות, תוך שהוא מפנה גם אל החקיקה העות'מאנית, החקיקה המנדטורית והחקיקה הישראלית; לעומת זאת, בהזדמנויות אחרות בחר בית הדין להציג את עצמו כמי שמחויב ליישם אך ורק את הדין השרעי.<sup>31</sup> אבו רמדאן הצביע על הפער האינהרנטי שבין הרטוריקה האסלאמית הבלתי מתפשרת של בית הדין ובין המדיניות השיפוטית שלו בפועל, כמו גם על פרשנותו הלא-עקיבה והלא-שיטתית של מקורות החקיקה העומדים לרשותו.<sup>32</sup> גם אני עצמי עסקתי לא מעט במה שכיניתי "אופיים הדינמי, הגמיש והמסגל" של בתי הדין השרעיים בישראל. בכמה מאמרים ופרסומים ניסיתי להסביר את הדינמיות השיפוטית שמפגינים בתי הדין הללו כתוצאה של שילוב בין גורמים אחדים: ה"פלורליזם הנורמטיבי" שבמסגרתו הם פועלים,<sup>33</sup> האוטונומיה השיפוטית מרחיקת הלכת שממנה הם נהנים והעובדה

30 ליש הצביע על הבדלים ניכרים בין קאדים שונים בסוגיות, לדוגמה: יחס למנהג הברדווי (הערף), יישום ואכיפה של חקיקה אזרחית ישראלית והפעלת סעיפים בחוק המשפחה העות'מאני שאינם שאובים מההלכה החנפית. ראו AHARON LAYISH, WOMEN AND ISLAMIC LAW IN A NON-MUSLIM STATE: A STUDY BASED ON THE DECISIONS OF THE SHARI'A COURTS IN ISRAEL (1975).

31 ראו במיוחד Abou Ramadan, לעיל ה"ש 17.

32 Moussa Abou Ramadan, *The Shari'a in Israel: Islamization, Israelization and the Invented Islamic Law*, 5 UCLA J. ISLAMIC & NEAR E.L. 81 (2005).

33 את המונח "פלורליזם נורמטיבי" טבע האנתרופולוג ג'ון בואן שחקר את בתי הדין השרעיים באינדונזיה. לטענתו של בואן, הגמישות בפסיקותיהם של בתי הדין הללו מושגת בזכות יכולתם של הקאדים לתמרן בין הנמקות משפטיות השואבות מכמה מערכות נורמטיביות: הדין השרעי, חוק המדינה, קודים מנהגיים שונים וכן הדין הבין-לאומי. ראו JOHN R. BOWEN, ISLAM, LAW AND EQUALITY IN INDONESIA: AN ANTHROPOLOGY OF PUBLIC REASONING (2003). ניתן בהחלט לתאר את הקאדים בבתי הדין השרעיים בישראל כמי שפועלים במציאות נורמטיבית-פלורליסטית דומה.

שמופעלים עליהם לחצים מצד גורמי עניין שונים. טענתי, למשל, כי לחצים מוסדיים סותרים – מחד גיסא, מצדם של גורמים שונים במערכת המשפט הישראלי, ומאידך גיסא, מצדם של גורמים שונים בשדה השרעי (למשל, המופתי של ירושלים מטעם הרשות הפלסטינית) – הביאו לאימוץ מדיניות שיפוטית שנראית על פניה כלא-עקיבה.<sup>34</sup> במאמר אחר הראיתי כיצד נאלץ בית הדין השרעי לערעורים לתמרן בין "קהילות שיח" יריבות – ארגוני נשים וארגוני חברה אזרחית מצד אחד, והתנועה האסלאמית בישראל מצד אחר – וכיצד תמרן זה מחייב אותו לגלות יצירתיות וגמישות משפטית מקסימלית.<sup>35</sup>

אם לחזור לענייננו, ניתן לטעון כי עמדתו של בית הדין השרעי לערעורים בעניין מינוי אישה-בוררת, והשינוי שעמדה זו חייבה ביחס להגדרת תפקידם של הבוררים, עולים בקנה אחד עם נטייתו משכבר הימים לפסיקה לא-עקיבה. מנקודת מבט זו, האפיזודה הנוכחית אינה אלא ביטוי אחד מני רבים של גמישות שיפוטית ונורמטיבית, המאפשרת את התאמת הפסיקה ללחצים ולצרכים המשתנים.

הטענה בדבר "עקיבותה של חוסר העקיבות" נכונה בוודאי, אך במקרה זה דומה כי קשה לזהות את הלחצים שהופעלו על בית הדין אשר הביאו אותו לנקוט את העמדה שנקט. כפי שנטען כבר למעלה, הסוגיה של מינוי אישה-בוררת היא סוגיה שולית יחסית, ולא הייתה לפיכך כל מעורבות של גורמים חיצוניים בתיק הזה – לא של ארגוני נשים ולא של גורמים אסלאמיים. לאמתו של דבר, מעורבות כזו (מצדם של ארגוני חברה אזרחית) התגלתה רק לאחר שהתיק הגיע כבר לבג"ץ ולאחר שבית הדין השרעי לערעורים כבר ניסח את עמדתו בנוגע אליו.<sup>36</sup> יתרה מכך, עד לפרסום פסק הדין המהפכני של בג"ץ גם לא היה למקרה כל הד תקשורתי.

קשה אפוא לראות גורם כלשהו – מתוך המערכת השרעית או מחוצה לה – אשר הפעיל לחץ על בית הדין בעניין מינוי אישה-בוררת והביא אותו לפסוק באופן שנוגד לכאורה את האינטרסים שלו. האם ייתכן אפוא כי חוסר העקיבות שמפגין בית הדין לערעורים הוא שרירותי ואינו כפוף לרציונל כלשהו שניתן לזיהוי? ייתכן שכך, אבל אני לפחות סבור שהסבר זה אינו מכבד את בית הדין ואת החלטותיו. לתפיסתי שלי, האפיזודה הזו צריכה ללמדנו שבמקרים מסוימים יש גבול לגמישות הנורמטיבית של בית הדין, ושלעתים הוא מוצא את עצמו פוסק פסיקה ערכית – גם אם זו אינה אהודה וגם אם תגבה ממנו מחיר יקר.

34 Ido Shahr, *Legal Pluralism Incarnate: An Institutional Perspective on Courts of Law in Colonial and Post-Colonial Settings*, 65 J. LEGAL PLURALISM & UNOFFICIAL L. 133 (2012).

35 Shahr, לעיל ה"ש 24.

36 שני ארגונים: "כייאן – ארגון פמיניסטי" ו"קונקורד – המרכז לחקר קליטת המשפט הבין-לאומי בישראל" הצטרפו לעתירה כ"דידי בית המשפט".

במילים אחרות, ההסבר השלישי שאני רוצה להציע לעמדתו הבלתי מתפשרת של בית הדין בעניין מינוי אישה בוררת הוא הסבר ערכי: המחויבות לערכים (פטריארכליים) היא שעומדת מאחורי העמדה שביטא בית הדין.<sup>37</sup>

ובכן, מה יש בו, בהליך הבוררות המנוהל על ידי "מועצה משפחתית", שהופך אותו לייצוג מובהק כל כך, שלם כל כך, לערכים, לתפיסות ולפרקטיקות פטריארכליות? ומה יש בו, בתפקיד הבורר כמועצה המשפחתית, המחייב, כך נראה, לתפיסתו של בית הדין השרעי לערעורים, את זהותו המגדרית הגברית? הרשו לי לפתוח בתיאור קצר של סצנה הלקוחה דווקא מסרט תיעודי, "גירושין נוסח איראן", שצולם לפני שנים מספר בידי האנתרופולוגית זיבא מיר-חסייני והבמאית קים לונגניטו.<sup>38</sup> מצלמתן של השתיים עוקבת, בין היתר, אחר ניסיונותיה של זיבא, נערה בת 16 מטהרן, לזכות בגירושין מבעלה בהמאן, נהג מונית בן 36. הסרט אמנם מצולם באיראן המהפכנית – הרחוקה מאוד בהווייתה מטייבה או מירושלים – אולם שם כמו כאן, במקרים שבהם האישה מבקשת להתגרש ולהותיר בידיה את המוהר, מתקיימת פרודורה דומה מאוד להליך נזאע ושקאק, הכוללת מינוי בוררים משני הצדדים. תפקידם של הבוררים הפועלים ב"מועצה משפחתית" – כאן, כמו שם – הוא לנסות ולפשר בין בני הזוג; ואולם, אם פשרה אינה מתאפשרת, בסמכותם להמליץ על פירוק קשר הנישואין ועל הסדר כספי שיתלווה לגירושין.

הסצנה שאני רוצה לתאר מתרחשת בבית הוריה של זיבא. זוהי "מועצה משפחתית" שכונסה בניסיון למצוא פתרון לסכסוך המתמשך בין בני הזוג. נוכחים בה נציגי שתי המשפחות: אביו של בהמאן ואביה של זיבא, דודיהם (מצד האב) של בני הזוג ואפילו כמה

37 לאור אופיים הפשוט והמסתגל של בתי הדין השרעיים בישראל, קשה למצוא דוגמאות רבות שבהן הקאדים התעקשו לנקוט עמדות עקרוניות, אשר הביאו אותם להתנגשות ישירה עם בג"ץ ועם רשויות המדינה האזרחיות. דוגמה אחת לנושא שכזה היא שאלת כפיפותו של בית הדין השרעי לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962. חוק זה, שיוצר במשתמע מתח בין הדין השרעי ובין החקיקה הישראלית, עומד בבסיס מחלוקת מתמשכת בין בית הדין השרעי לערעורים לבין בג"ץ. במספר רב של פסיקות קבע שוב ושוב בית הדין לערעורים כי בתי הדין השרעיים אינם כפופים לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (ראו למשל פסקי דין של בית הדין השרעי לערעורים 63/1994, 135/1996, 127/1997, 55/2001, 279/2005). בג"ץ מצדו פסק שוב ושוב כי ההפך הוא הנכון. ראו למשל בג"ץ 8906/04 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.7.2005); בג"ץ 9740/05 פלונית נ' בית הדין השרעי הגבוה לערעורים בירושלים (פורסם בנבו, 5.2.2006); בג"ץ 1129/06 פלוני נ' בית הדין השרעי לערעורים (פורסם בנבו, 5.6.2006). לדיון מאיר עיניים במאבק שנסב על אודות יישום חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות בבתי הדין השרעיים בישראל בתיקי משמורת ראו Moussa Abou Ramadan, *The Recent Developments in Custody Law for Muslims in Israel: Gender and Religion*, 8 JOURNAL OF WOMEN OF THE MIDDLE EAST AND THE ISLAMIC WORLD 274 (2010).

38 DIVORCE: IRANIAN STYLE, a movie by Ziba Mir Hosseini & Kim Longinotto (1998). ניתן לצפות בסרט עם כתוביות באנגלית באתר You Tube: [www.youtube.com/watch?v=qs9XSTt-DIE](http://www.youtube.com/watch?v=qs9XSTt-DIE).

מאחיהם. בדיוואן רחב הידיים ישובים משתתפי המועצה המשפחתית על שטיחים וכריות ומדברים בכובד ראש על הסכסוך בין בני הזוג. נשות המשפחה המארכת – אמה של זיבא, דודותיה – אינן נוכחות בחדר. הן נכנסות מדי פעם לדיוואן כדי להגיש תה או דברי תקרובת, ויוצאות במהירות. בזמן שאינן מגישות תקרובת הן עומדות או יושבות בסמוך (המצלמה מתעכבת מדי פעם על פניהן המוסתרות למחצה, המציצות מאחורי דלת או קיר).

זיבא ובהמאן, בני הזוג המסוכסכים, נוכחים גם הם בחדר, יושבים כל אחד בסמוך לבני משפחתו. בהמאן, המבוגר יותר, שותק רוב הזמן, ותגובותיו, שהמצלמה עוקבת אחריהן, מסתכמות בדרך כלל בהנהון להסכמה או בניע ראש לשלילה. זיבא הצעירה, לעומת זאת, ורבליית הרבה יותר: היא מרבה לדבר, מרימה את קולה ומתבטאת באופן משכנע ובביטחון עצמי רב. שוב ושוב היא מושקת על ידי בני משפחתה, הנבוכים בעליל (מן הסתם, גם אל מול המצלמה), מאורחה ונוהגה המוחצנים. בשלב כלשהו, כאשר בהמאן מכריז כי היא אינה זכאית לכל פיצוי אך הוא מוכן לעזור לה מ"טוב לבו", היא מתפרצת וזועקת: "מה אני, יתומה שהוא מצא ברחוב? הוא צריך לעזור לי? אני אראה לו! נלך לבית הדין ושם אקבל את כל זכויותי במלואן". למשמע דברים אלה נוזף בה בחומרה דודה המבוגר, ושואל לשם מה הזמינה אותם בכלל. המועצה מסתיימת, בסופו של דבר, ללא הסכמה בין הצדדים; הגברים נפרדים אלו מאלו בנימוס, בלחיצות ידיים ובנשיקות על הלחי, והסרט עובר לטפל במקרה אחר.<sup>39</sup>

המועצה המשפחתית המצולמת בסרט "גירושיין נוסח איראן" שונה בוודאי מהמועצות המשפחתיות המתקיימות במסגרת הליכי נזאע ושקאק בישראל,<sup>40</sup> אולם האופי הפטריארכלי המובהק של הסיטואציה משותף להן. כפי שעלה מהתיאור הזה, המועצה המשפחתית, על כל שלביה, מנוהלת ונשלטת באופן בלעדי על ידי גברים: הם שמקבלים את אורחיהם-יריביהם, הם שמנהלים עמם 'שיחת גברים' והם שנפרדים מהם (במחוות גבריות מדודות) כאשר ההתדיינות מסתיימת. נשים הן נוכחות נפקדות באירוע: הן נמצאות ברקע, מעבר לוילון, פרגוד או קיר, לבושות בכיסוי ראש ובבגדים צנועים, כמובן; פעמיים-שלוש במהלך ההתדיינות הן נכנסות לביקורים קצרים ושתוקים בדיוואן, מגישות תה ודברי תקרובת, וממהרות לצאת שוב מהחדר לאחר מכן.

רק הנערה זיבא, מושא הליך הבוררות, נמצאת בחדר לאורך זמן ולוקחת חלק פעיל בהתדיינות. היא נשאלת שאלות ומתבקשת להגיב להצעות שעולות. עם זאת, גם פתחון הפה שלה מוגבל, שכן הגברים בני משפחתה דואגים "להעמיד אותה במקומה" שוב ושוב ולהבהיר

39 היות ולא הושגה הסכמה, המקרה ישוב לטיפולו של הקאדי בבית הדין השרעי.  
40 הברדל אחד, למשל, הוא שבישראל רוב רובן של המועצות המשפחתיות מנוהלות על ידי בוררים מקצועיים הממונים על ידי בתי הדין השרעיים, ולא על ידי בני משפחותיהם של הצדדים. הברדל חשוב אחר הוא שלבוררים באיראן אין סמכות להורות על פירוק קשר הנישואין אם אין הסכמה על כך בין שני הצדדים.

לה שהסמכות לקבל החלטות אינה נמצאת אצלה אלא אצלם.<sup>41</sup> דומה כי מאפיינים אלה מופיעים באופן עקיב למדי בתיאורים של "מועצות משפחתיות" מאזורים שונים ומזמנים שונים.<sup>42</sup>

במסגרתה של המועצה המשפחתית, תפקיד חשוב ביותר שמור לגברים מבוגרים. נראה כי פרקטיקה זו מעוגנת בתפיסות תרבותיות המייחסות תכונות חיוביות – על הציר המגדרי והגילי – לגברים שכבר 'עשו משהו בחיים'. על הבורר לגלם בהתנהגותו ובתכונותיו מאפיינים גבריים חיוביים: הוא צריך להיות אדם בעל יוקרה חברתית, שאינו זקוק להתלהמות או לכוחנות כדי לבטא סמכות; עליו להיות ניחן ביישוב דעת, בתבונה, בסבלנות וביכולת הקשבה.<sup>43</sup> במונחיה של לילה אבו לו'עוד, הבורר ניחן ב"עקל" (=שכל) – "דמו אינו רותח" לשמע כל התגרות כדמם של גברים צעירים, ובניגוד להם (כמו גם בניגוד לנשים!) – הוא אינו מונע מרגש ("נפס"), אלא משיקול דעת רציונלי.<sup>44</sup>

41 דפוס זה עולה כמובן בקנה אחד עם התפיסה החברתית המקובלת שנשים זקוקות לגבר שידבר בשמן וישמור על האינטרסים שלהן. מלבד לצורך חתימה על חוזה נישואין של אישה בתולה, הדין השרעי אמנם אינו מחייב את הימצאותו של אפטרופוס גברי כזה (בערבית, וואלי), אולם נראה כי בסיטואציות חברתיות רבות נשים מביאות עמן "מלווה" גברי, בדרך כלל מישוה מבין קרוביהן האגנטיים (אב, סב, דוד, אח, או אפילו בן), שסיפק להן גב וישמור על האינטרסים שלהן. יש לציין, עם זאת, כי העובדה שנשים אינן משתתפות באופן פיזי במועצה המשפחתית אין פירושה שהן אינן מעורבות מאוד בהליך המשא ומתן ושאינן להן תפקיד חשוב בהגעה להסכם. כפי שמראה למשל, דורון פלי, מעורבותן של נשים מאחורי הקלעים בהליך הסולחה (שגם הוא מתקיים לכאורה בין גברים בלבד) היא רבת חשיבות. ראו Doron Pely, *Women in Sulha – Excluded yet Influential: Examining Women's Formal and Informal Role in Traditional Dispute Resolution, within the Patriarchal Culture of Northern Israel's Arab Community*, 22 INT'L J. CONFLICT MANAGEMENT 89 (2011).

42 למרבה הצער, לא ניתן כמעט למצוא תיאורים מפורטים של ההליך הזה, שנושא אופי אינטימי-משפחתי מובהק. ראו לדוגמה את התיאור המופיע אצל דיאן זינגרמן, של מועצות משפחתיות המכונסות כדי לפתור סכסוכי נישואין בקרב משפחות בנות המעמד הבינוני-נמוך בפרבר קהירי בשנות התשעים: DIANE SINGERMAN, AVENUES OF PARTICIPATION: FAMILY, POLITICS AND NETWORKS IN URBAN QUARTERS OF CAIRO 50-53 (1995). ראו גם את התיאור שמספק וליד אקבאל של מאפייני ה"בוררות המשפחתית" בסכסוכי גירושין בסעודיה: Walid Iqbal, *Dialogue on the Practice of Law and Spiritual Values: Courts, Lawyering and ADR – Glimpses into the Islamic Tradition*, 28 FORDHAM URB. L.J. 1035 (2001).

43 אינני מתייחס כאן לדרישות הדתיות שהעלו האסכולות השונות באשר לבוררים, אלא לתפיסה החברתית המקובלת של הפונקציה הזו. באשר לעמדות ההלכתיות ביחס לשאלה מי יכול לשמש כבורר ראו Mahdi Zaharaa & Nora A. Hak, *Tahkim (Arbitration) in Islamic Law within the Context of Family Law*, 20 ARAB L.Q. 2 (2006).

44 לדיון מאיר עיניים במושגים של "עקל" ו"נפס" ובהקשרים המגדריים והגיליים שלהם ראו LILA ABU LUGHOD, VEILED SENTIMENTS: HONOR AND POETRY IN A BEDOUIN SOCIETY 88-94 (1986). ראו גם LAWRENCE ROSEN, THE ANTHROPOLOGY OF JUSTICE: LAW AS CULTURE IN ISLAMIC SOCIETY 12-13 (1989).

ניתן אפוא לסכם שהפרקטיקה של הבוררות, המתקיימת במסגרתה של "המועצה המשפחתית", משקפת – ובעת ובעונה אחת גם מאששת ומייצרת – תפיסות תרבותיות פטריארכליות, המייחסות לגברים בוגרים את היכולות והתכונות הדרושות כדי להשיב את הסדר החברתי-המשפחתי על כנו. נקל לשער כי לאורך של תפיסות כאלו, הדרישה למנות בוררת-אישה להליך נזאע ושקאק תיתפס כמעט ככפירה בעיקר, ותעורר לפיכך התנגדות קשה. ניתן גם לשער שהתנגדות זו עוד תועצם לאור העובדה שהבוררים אמנם ממונים לתפקידם בידי מוסד ציבורי (בית הדין השרעי), אולם כל פעולתם מתרחשת במרחב המשפחתי-פרטי האינטימי.

מבלי להיכנס כאן לדיון נרחב מדי במושגים של מרחב פרטי ומרחב ציבורי, ומבלי להניח כי ההבחנה בין שני המרחבים הללו ברורה וחותכת,<sup>45</sup> אני רוצה לטעון כי בהקשר של מדינת ישראל של ימינו, המרחב הציבורי על מרכיביו השונים (התקשורת, הפוליטי, התרבותי והמשפטי) נחוה בהכרח על ידי בני קהילת המיעוט הפלסטינית-מוסלמית כמרחב זר, כמרחב שאינו שלהם, במובן זה שהם אינם לוקחים חלק פעיל (או לפחות לא חלק מרכזי) בעיצובו. במקרה הטוב, הפלסטינים אזרחי ישראל נדחקים לשולי המרחב הציבורי; במקרה הרע, הם מודרים ממנו כמעט לחלוטין.

לעומת תחושת הניכור המלווה, מן הסתם, את הנוכחות הפלסטינית במרחב הציבורי הישראלי, המרחב המשפחתי – ובמידה מצומצמת יותר המרחב הקהילתי-המקומי – נחוים כמרחבים אינטימיים ו"אותנטיים" יותר. המרחב הפרטי כשמו כן הוא, מרחב פרטי, "מרחב משלהם", בפרפרזה על וירג'יניה וולף, שהם, הפלסטינים אזרחי ישראל, מעצבים בצלמם ובדמותם. זהו מרחב שהמעורבות בו, של סוכני מדינה שונים, היא על פי רוב עקיפה ומתווכת, מרחב הדובר את השפה התרבותית הפלסטינית-מוסלמית והמתנהל לאורם של נורמות וערכים מקובלים בקרב ציבור זה.

כדי להימנע מגלישה למדרון החלקלק של מהותנות מגדרית וסוציולוגית, מן הראוי לשוב ולהדגיש כי ההבחנה שאני עורך כאן בין שני המרחבים הללו איננה הבחנה דיכוטומית חדה ומובהקת ואיננה מתבססת על אפיונים מהותניים. כך למשל, כפי שהראו כבר כמה וכמה חוקרות פמיניסטיות של החברה הישראלית, לא יהיה זה נכון לתאר את המרחב הציבורי

45 בשנים האחרונות מתנהל דיון ער – מושגי ואמפירי כאחד – בעניין ההבחנות והמאפיינים של המרחבים, הציבורי והפרטי, בחברות מזרח-תיכוניות. מוקד הדיון הוא בתהליכי שינוי המתרחשים בקווי התייחסות בין המרחבים הללו, כמו גם בסוגיות מגדריות. ראו למשל Elizabeth Thompson, *Public and Private in Middle Eastern Women's History*, 15 J. WOMEN'S HIST. 52 (2003); Joan B. Landes, *Further Thoughts on the Public/Private Distinction*, 15 J. WOMEN'S HIST. 28 (2003); Suad Joseph, *The Public/Private – The Imagined Boundary in the Imagined Nation/State/Community: The Lebanese Case*, 57 FEMINIST REV. 73 (1997). ראו גם את מאמרה המצוין של תגריד יחיא-יונס "מרחב, מיגדר ופוליטיקה מקומית בחברה הפלסטינית בישראל" היכן אני נמצאת? פרספקטיבות מגדריות על מרחב 203 (רוני הלפרן עורכת, 2013).

הישראלי כמרחב "מודרני", המתאפיין בנורמות של שוויוניות מגדרית,<sup>46</sup> כפי שלא יהיה זה נכון לתאר את המרחב הפרטי הפלסטיני-ישראלי כמרחב "מסורתי", המתאפיין אך ורק בערכים ופרקטיקות פטריארכליות.<sup>47</sup> שני המרחבים הללו הנם מגוונים ורב-קוליים יותר משנראה ממבט ראשון, ולא ניתן לאפיינם באמצעות רדוקציה פשטנית לתכונה חד-ממדית אחת.

יתר על כן, המרחבים הללו גם אינם סטטיים ובלתי משתנים. אם ניתן ללמוד משהו מהמקרה הנדון כאן, הרי זה שגם המרחב הפרטי – המסורתי והפטריארכלי, לכאורה – עומד בפני לחצים לא מבוטלים לשינוי ולא ימוץ פרקטיקות וערכים חדשים. יתרה מזאת, נראה כי השינוי מתחיל מבפנים: הלחץ למנות אישה-בוררת בתיק של נזאע ושקאק לא צמח מהמסד המשפטי הישראלי, וגם לא מארגוני חברה אזרחית כאלו או אחרים. הלחץ לכך צמח מהשטח, מבעלת דין מוסלמית שביקשה למנות בוררת מטעמה ונתקלה בסירוב מצדו של המסד השרעי.

תובנה נוספת שעולה מהשתלשלות העניינים נוגעת למאבקי הכוח המגדריים המתנהלים במסגרת המרחב הפרטי הפלסטיני-מוסלמי. מאבקי כוח אלו אינם מתרחשים בחלל ריק או כבועה. הם מתרחשים בהקשר הישראלי, ומשתרגים או משתלבים במרחבי פעולה אחרים ובגורמי הכוח המדינתיים הפועלים בהם. במקרה הזה, כפי שראינו, התייצב מוסד מדינתי אחד – בית הדין השרעי – לימינם של נאמני הפטריארכליות, ואילו מוסד מדינתי אחר (ובעל עוצמה רבה יותר) – בג"ץ – התייצב לימינם של סוכני השינוי המגדרי.<sup>48</sup> את פסק הדין של בג"ץ יש לראות, לפיכך, לא כניסיון מכוון מצדו לחדור לתחומו של המרחב הפרטי המסורתי-פטריארכלי ולהשפיע עליו, אלא כפועל יוצא של הזדהותו של מוסד ליברלי (שנורמות של

46 כך למשל, נירה יובל-דיויס מראה כי נורמות פטריארכליות מובהקות, השואבות מ"מסורת ישראל" ומההלכה היהודית נקלטו ואוזרו במרחב הציבורי הישראלי: Nira Yuval-Davis, *The Bearers of the Collective: Women and Religious Legislation in Israel*, 4 FEMINIST REV. 15 (1980).

47 ראו למשל מחקרים שפורסמו בשנים האחרונות, העוסקים בין היתר בתמורות מרחיקות הלכת שארעו במבנה המשפחה הערבית בישראל: נשים ערביות בישראל: תמונת מצב ומבט לעתיד (פייסל עזאיה, ח'אולה אבו-בקר, רחל הרץ-לזרוביץ ואסעד גאנם עורכים, 2009); NADERA SHALHOUB-KEVORKIAN, PALESTINIAN FEMINIST WRITING: BETWEEN OPPRESSION AND RESISTANCE (2007) (IN ARABIC); HONAI DA GHANIM, ALI NOHAD, GHADA ABU JABIR-NEGIM ATTITUDES TOWARDS THE STATUS AND RIGHTS OF PALESTINIAN WOMEN IN ISRAEL (WAVO – WOMEN AGAINST VIOLENCE IN NAZARETH) (2005) (IN ARABIC).

48 אגב, מוסד מדינתי נוסף – היועץ המשפטי לממשלה – התייצב דווקא לימינו של בית הדין השרעי, ונקט עמדה השוללת את ההתערבות באוטונומיה השיפוטית של בית הדין השרעי. עובדה זו ממחישה היטב את "ריבוי הפנים" של מנגנוני המדינה, ומתיישבת כמובן עם תפיסה תיאורטית הרואה את המדינה לא כשחקן הפועל להשגת מטרות מוגדרות היטב, אלא כשדה פעולה הטרונגי, ששחקנים שונים מתחרים בו על אג'נדות מנוגדות. על כך ראו Timothy P. Mitchell, *The Limits of the State: Beyond Statist Approaches and their Critics*, 85 AM. POL. SCI. REV. 77 (1991).



שוויוניות מגדרית הן נר לרגליו) עם פועלים של גורמים מסוימים – בעלי קרבה אידאולוגית אליו – בתוך המרחב הפרטי הפלסטיני-מוסלמי.

מכל זה עולה, כאמור, כי המרחב הפרטי והמרחב הציבורי אינם מובחנים באופן חד זה מזה, אינם מונוליתיים ואינם סטטיים. ועם זאת, אני מבקש לטעון כי בעוד הכללים והנורמות וחוקי המשחק הנוהגים במרחב הציבורי בישראל עשויים להתפס על ידי הפלסטינים אזרחי ישראל כ"חיצוניים" וככאלו הנכפים עליהם פעמים רבות הר כגיגית, הרי שחוקי המשחק ומאבקי הכוח במרחב הפרטי-המשפחתי הם "פנימיים" ומובנים יותר. בהתאם לכך, בעוד ניתן למצוא מעין השלמה או אולי נמיכות רוח המכירה בכך שהכוח במרחב הציבורי נמצא בידי אחרים, הרי שבכל האמור במרחב הפרטי, הציפייה היא למידה רבה יחסית של אוטונומיה ושליטה. להערכתו, הברדל זה בציפיות הוא שמסביר את היחס השונה שהפגין בית הדין השרעי לערעורים ביחס לכוונה למנות אישה-בוררת וביחס לכוונה למנות אישה-קאדית. בעוד במקרה הראשון (השולי לכאורה) התעקש בית הדין למנוע את המינוי והיה מוכן לעלות על בריקדות לשם כך, הרי שבמקרה השני (המרכזי והחשוב יותר) הוא נכנע ללא קרב והרים ידיים כמעט למפרע.<sup>49</sup>

במילים אחרות, השילוב בין פונקציה תפקידית בעלת מטען פטריארכלי ייחודי ובין זירת פעולה רגישה, המקבלת משנה חשיבות דווקא בהקשר הישראלי הייחודי, הם שהפכו – מנקודת מבטם של הקאדים בבית הדין השרעי לערעורים – את סוגיית המינוי של אישה-בוררת לסוגיה שראוי לעלות על בריקדות עבורה.

#### ד. סיכום

האנתרופולוג המנוח קליפורד גירץ המליץ לתלמידיו, ולחוקרי תרבות בכלל, להפנות את תשומת לבם האנליטית ואת האיזמל הפרשני שלהם לאותן תופעות תרבותיות אשר אינן מובנות להם. לגישתו של גירץ, התרחשות שנראית לנו תמוהה, בלתי מוסברת ובלתי רציונלית בעליל, דווקא היא יכולה ללמדנו רבות – בתנאי שנצליח, כמובן, לרדת לפשרה – על ההיגיון התרבותי המנחה את התנהגותם של בני החברה שאותה אנו חוקרים.<sup>50</sup> במאמר זה נקטתי לפיכך גישה גירציאנית כזו, וביקשתי לפענח את מה שנראה לכאורה כפסיקה תמוהה של בית הדין השרעי לערעורים – פסיקה השומטת את הקרקע מתחת למגמות שיפוטיות מרכזיות שבית הדין הזה

49 לטענה דומה ביחס להברדלי הגישות של פוליטיקאים פלסטינים בישראל אל מרחב השלטון המקומי מחד, ואל מרחב השלטון הארצי מאידך ראו יחיא-יונס, לעיל ה"ש 45, בעמ' 229.

50 קליפורד גירץ "תיאור גדוש: לקראת תיאוריית תרבות פרשנית" פרשנות של תרבויות 15, 25 (1990).

הנהיג בשנים האחרונות, והמציבה אותו, שלא לטובתו, בעמדת התנגשות ישירה אל מול בית הדין הגבוה לצדק.

ציינתי כבר למעלה את האלמנטים המפתיעים והלא-צפויים שהתגלו במקרה הנדון, אבל חשוב להדגיש כי עצם ההתנגשות החזיתית שאירעה כאן בין בית הדין השרעי לבג"ץ היא דבר חריג למדי. בניגוד לבתי הדין הרבניים, המעזים להתריס כנגד בג"ץ חדשות לבקרים, בתי הדין השרעיים נמנעים על פי רוב מעימותים חזיתיים כאלה. ניתן להבין את רתיעתם זו, שכן לאור יחסי הכוח (ולאור היעדרו של גב פוליטי משמעותי התומך בבתי הדין השרעיים בזירה הפוליטית), תוצאות עימותים שכאלו כמעט ידועות מראש. ואכן, כפי שראינו, תוצאותיו של העימות החזיתי הזה לא היו משביעות רצון מנקודת מבטו של בית הדין השרעי לערעורים: בג"ץ נזף בו וביטל את פסיקתו; התיק הוחזר לבית הדין השרעי בטייבה, וזה האחרון מיהר לפעול כפי שהורה לו בג"ץ ולמנות אישה-בוררת ל"מועצה המשפחתית".<sup>51</sup>

המקרה של בג"ץ הבוררת בעניין מינוי בוררת-אישה הוא לפיכך חריג שאינו מעיד על הכלל. על פי רוב, ושלא במקרה, משתדלים בתי הדין השרעיים לעקוף סוגיות שבמחלוקת ולהימנע מהתנגשות עם המערכת האזרחית. כל עוד הם מצליחים בכך, הם נהנים מחופש פעולה שיפוטי רחב יחסית, המאפשר להם לחרוג במידה מסוימת מהגיון הפעולה של מערכת המשפט הישראלית ואף מהתפיסות המקובלות שלה.<sup>52</sup> במקרה של הוויכוח סביב מינוי בוררת-אישה, דומה כי התעקשותו של בית הדין השרעי לערעורים לנקוט עמדה אידאולוגית ועקרונית הייתה בבחינת "טעות טקטית" שעמדה לו לרועץ. בנוקטו מדיניות זו, גרר בית הדין לערעורים גם את בג"ץ למישור התדיינות זה ו"הזמין" אותו לנפק פסק דין עקרוני. סביר להניח כי אילו בחר בית הדין ללכת ב"מסלול עוקף" (כפי שעשה רק כמה שנים קודם לכן בסיטואציה דומה מאוד),<sup>53</sup> לא היה מגיע המקרה כלל לשולחנו של בג"ץ; ואם בכל זאת היה מגיע, קרוב לוודאי שבג"ץ היה נמנע מלהתערב.

51 גם ניסיון של בית הדין השרעי לערעורים לבקש דיון חוזר בבג"ץ בהרכב נרחב יותר של שופטים לא צלח.

52 לדיון במקרים שונים של "מדיניות שיפוטית פרטית" שיישמו בתי הדין השרעיים, גם בניגוד להיגיון המוסדי של מערכת המשפט הישראלית ראו Ido Shahar, *A Tale of Two Courts: How Organizational Ethnography Can Shed New Light on Legal Pluralism*, 36 POLAR 114 (2013).

53 בתיק משנת 1998 (ערעור 6/98) התבקש בית הדין השרעי לערעורים להכריע באותה הסוגיה עצמה: אם מותר לצד בתביעת נזאע ושקאק לדרוש למנות בוררת-אישה מטעמו. במקרה זה העדיף אז בית הדין להתחמק מהכרעה עקרונית, וקבע כי השאלה אינה אם מותר או אסור למנות בוררת-אישה, אלא מיהו שמוסמך למנות, ומהם שיקוליו במינוי זה. כצפוי, בית הדין לערעורים פסק כי לא הצדדים ממנים בוררים, אלא בית הדין השרעי האזורי. ס' 130 לחוק המשפחה העות'מאני אמנם קובע קדימות למינוי בוררים ממשפחות הצדדים לסכסוך, אולם במקרה שהדבר אינו מסתייע, על בית הדין למנות בוררים ניטרליים מטעמו. אם קבע בית הדין כי השמות שהציעו הצדדים אינם מתאימים, או אם קבע כי יש מניעה כלשהי למינוי מי מהבוררים שבחרו הצדדים,

כאקורד סיום למאמר, כדאי אפוא להעמיד את המקרה החרגי הזה בשני הקשרים רחבים יותר, הקשורים הדוקות זה לזה: ההקשר של יחסי בתי הדין השרעיים עם מערכת המשפט האזרחית הישראלית, וההקשר של הנורמות המגדריות המאוששות, המשתנות, והממומשות בפסיקותיהם של בתי הדין השרעיים ובאינטרקציות המתקיימות בשעריהם. בשני ההקשרים הללו מתאפיינת על פי רוב דינמיקת היחסים לא בחידוד של עמדות עקרוניות ואידאולוגיות, אלא בטשטוש שלהן ובקיומם של פערים ניכרים בין רטוריקה לפרקטיקה. מקרים כמו זה הנדון כאן, שבהם דווקא מתחדדות העמדות העקרוניות ומובאות לידי התנגשות חזיתית, יש לראות, לפיכך, בפרספקטיבה מבנית: הם מספקים מפעם לפעם מעין "נקודת ייחוס" (reference point) חדשה, שממנה ניתן לצאת לשוב חזרה אל הדינמיקה הגמישה המאפיינת את בתי הדין השרעיים.

הכרעות בג"ץ או הוראות חוק "מהפכניות" המצטרפות לעתים לספר החוקים הישראלי<sup>54</sup> אינן מהוות לפיכך סוף פסוק הקובע מסמרות, אלא לכל היותר פלטפורמה חדשה להמשך המיקוח הכפול המתקיים בבתי הדין השרעיים: מיקוח בין נאמני הפטריארכיה למתנגדיה בתוך החברה הפלסטינית, ומיקוח בין אזרחי ישראל הפלסטינים-מוסלמים ובין המדינה, על מנגנוניה השונים. דומה כי דווקא הכפילות הזו, והחפיפה הלא-שלמה בין שני מעגלי הכוח הללו, היא שהופכת את הדינמיקה המתקיימת בבתי הדין השרעיים למורכבת ומעניינת כל כך.

הרי שמסמכותו המלאה למנות בוררים אחרים מטעמו. ראו ניתוח של פסק דין זה אצל Moussa Abou Ramadan, *Islamic Legal Hybridity and Patriarchal Liberalism in the Shari'a Courts in Israel*, 4 J. LEVANTINE STUD. 39, 44 (2015).

54 גם בשדה הפוליטי, כמו בבג"ץ, ניצבים בתי הדין השרעיים בעמדת נחיתות מובהקת. כתוצאה מכך, הסתיימו כמה וכמה מאבקים שהם ניהלו בכנסת בתבוסה מוחצת. ראו Shahaar, לעיל ה"ש 24.

**הצורך בזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט:  
בעקבות בג"ץ 3856/11 פלונית נגד  
בית הדין השרעי הגדול לערעורים**

מאת

**מיטל פינטו\***

בג"ץ הבוררת, העוסק בסירובו של בית הדין השרעי למנות אישה לתפקיד בוררת, הוא דוגמה קלאסית למקרה שבו קבוצה דומיננטית בתוך קבוצת מיעוט דתית טוענת לפרשנות אחת ויחידה של הדת, המחייבת כביכול את הדרתה של קבוצה מוחלשת בתוך קבוצת המיעוט. במאמר זה אניח כי דת היא רק דוגמה אחת לתרבות מקיפה, וכי הסמכות הניתנת במקרה זה לבתי הדין השרעיים ניתנת להם למעשה במסגרת הזכות לתרבות המיועדת לשמור על תרבות המיעוט. אטען כי הזכות לתרבות היא זכות קבוצתית לא מפני שהיא ניתנת למנהיגי קבוצות מיעוט כדי שאלה יעשו בתרבות כרצונם וייצקו לתוכה תכנים ונורמות התואמים את השקפת עולמם הבלעדית; הזכות לתרבות היא זכות קבוצתית מכיוון שהיא מגנה על טוב השתתפותי שכל חברי המיעוט שותפים ביצירתו ובהנאה ממנו. במילים אחרות, הזכות לתרבות שייכת לכל חברי המיעוט ומגנה על הזכות של כולם לקחת חלק ביצירת תרבות המיעוט, בשינויה ובהתאמתה להשקפותיהם של כל חברי המיעוט. בעקבות הנחה מושגית זו אטען כי על בתי המשפט לעשות שימוש רב יותר בזכות לתרבות כשהם נתקלים בתביעות של חברי מיעוט חלשים יותר בתוך קבוצת המיעוט, המהווים קבוצת מיעוט בתוך מיעוט. במקרים שבהם המיעוט בתוך המיעוט מבקש לשנות פרקטיקות תרבותיות דומיננטיות בקרב קבוצת המיעוט או לאתגרן, יש להמשיג את תביעתו במסגרת הזכות לתרבות, הכוללת את זכותו לשנות את תרבות המיעוט ולעצבה. כאשר הרוב בתוך המיעוט מסרב ומגיב לבקשה לשינוי על ידי הדרה של המיעוט בתוך המיעוט, יש להבין את טענתו במסגרת הזכות

\* מרצה בכירה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית צפת. אני מודה למוסה אבו רמדאן, שפתח לי צוהר לסוגיה משפטית מרתקת. תודתי גם לאילן סבן על הערות מאירות לטייטה קודמת של מאמר זה, ולמערכת משפחה במשפט על הערות מקיפות ומועילות במיוחד.

להדיר או להוציא מתוך קבוצת המיעוט חברים שמתנגדים לנורמות התרבותיות שהרוב בתוך המיעוט מעוניין לשמר, או מבקשים לשנות את הנורמות הללו. פעמים רבות חברי הרוב בתוך המיעוט טוענים כי הלכה דתית היא שמניעה את סירובם לאפשר את שינוי הנורמות שהמיעוט בתוך המיעוט מבקש. רצוי שבתי המשפט יבחנו טענות כאלה בקפידה על מנת לוודא שטענות הרוב בתוך המיעוט הן טענות כנות ושלא עומדת בבסיסן מוטיבציה פוליטית או כוחנית, שאין לה קשר הכרחי להלכה דתית. אציע שלושה פרמטרים לבחינת כנות טענתו של הרוב בתוך המיעוט.

- א. **מבוא**
- ב. **פסק הדין בבג"ץ הבוררת**
- ג. **הזכות לתרבות – זכותם של כל חברי קבוצת המיעוט בטוב השתתפותי**
- ד. **הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט בבג"ץ הבוררת ובעניינים משפטיים אחרים**
- ה. **האיזון הנדרש בין הזכות לתרבות של הרוב בתוך המיעוט ובין הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט**
- ו. **סיכום**

## א. מבוא

פסקי דין רבים בישראל בעשורים האחרונים עוסקים בשאלות משפטיות הקשורות לסוגיה המכונה "רב-תרבותיות". הכתיבה האקדמית על רב-תרבותיות מעמידה במרכז את הזכות לתרבות של קבוצות מיעוט שונות בחברה להגן על תרבותם ולאפשר לה לפרוח לצד תרבות הרוב הדומיננטית. לעומת הכתיבה האקדמית על רב-תרבותיות, שמרבה להתייחס לזכות לתרבות, מעטים הם פסקי הדין הישראליים שעושים שימוש מפורש במונח זה ודנים בו לעומק.<sup>1</sup>

מטרתו של מאמר זה היא להבהיר מהי הזכות לתרבות<sup>2</sup> ולציין את היתרונות הפוטנציאליים הגלומים בשימוש בה לשם המשגתן של טענות משפטיות העולות מצד פרטים וקבוצות מיעוט

1 פסקי הדין הבאים מזכירים את המונח "זכות לתרבות" (או "זכויות תרבותיות"), אולם אף אחד מהם אינו כולל הגדרה למונח או דיון מעמיק בו: בג"ץ 4363/00 ועד פוריה עלית נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203 (2002); בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002); עת"ם (מנהליים י-ם) 219/06 הבית הפתוח לגאוה ולסובלנות נ' עיריית ירושלים (פורסם בנבו, 28.5.2006); בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011). זאת למעט פסק הדין בעניין לימודי הליבה במגזר החרדי, שבו יש דיון מעמיק בזכות לתרבות ובמשמעותיה השונות, ראו: בג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פס' 18, 23, 57, 62-65 ואילך לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 17.9.2014).

2 להבהרה של המונח "זכות לתרבות" ראו פרק ג להלן.

מוחלשות בתוך קבוצות מיעוט כנגד חברי הרוב בתוך קבוצת המיעוט. טענות אלה מבקשות לבטל או לשנות פרקטיקות תרבותיות דומיננטיות בתוך קבוצת המיעוט, שחברי הרוב בתוך קבוצת המיעוט מבקשים לשמרן. כפי שאסביר בהמשך המאמר,<sup>3</sup> אחת מהטענות המרכזיות שלי היא שהזכות לתרבות כוללת גם את זכותם של פרטים לדרוש את ביצועם של שינויים אלה. בג"ץ פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים<sup>4</sup> הוא לדעת דוגמה קלסית למקרה משפטי שבו אישה מוסלמית, המייצגת קבוצת מיעוט בתוך המיעוט המוסלמי, מבקשת לשנות פרקטיקה תרבותית דומיננטית<sup>5</sup> המייצגת רק גברים לתפקיד בוררים בבית הדין השרעי. אותה פלונית מבקשת למנות אישה לתפקיד של בוררת, ואילו בית הדין השרעי, המייצג את קבוצת הרוב בתוך המיעוט, מסרב לכך בטענה שהפרשנות הדתית המקובלת בקרב קבוצת המיעוט אינה מתירה זאת. כדי להמחיש את טענתי בבג"ץ הבוררת, אתאר מקרים משפטיים נוספים בישראל, כגון פרשת עמנואל<sup>6</sup> ופרשת נשות הכותל,<sup>7</sup> שלדעתי מצדיקים שימוש דומה בזכות לתרבות.

בהמשך המאמר אשתמש במונח "קבוצות מיעוט" כדי להתייחס לקבוצות חלשות מבחינה פוליטית, כלכלית או חברתית, אשר מודרות מהמרחב הציבורי או ששייכותן המלאה לחברה האזרחית הכללית מוטלת בספק.<sup>8</sup> הפרטים המזוהים עם קבוצות אלה חולקים תרבות משותפת

3 ראו פרקים ג ו-ד להלן.

4 בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 27.6.2013) (להלן: בג"ץ הבוררת).

5 כפי שאבהיר בפרק ב למאמר, בית המשפט לא התייחס לתפקיד הבוררת בבית הדין השרעי כאל תפקיד דתי. גם אם נניח כי מדובר בתפקיד דתי, שהנו מושא לפרשנות דתית, עדיין מדובר בפרקטיקה תרבותית, מכיוון שלדעתי שיטות משפט הדקקות בליברליזם אינן מגנות על דתות משום שהן רואות בהן ערך מהותי כשלעצמן, אלא משום שהן חלק ממערכת המצפון של פרטים המאמינים בהן, או חלק מתרבות שפרטים מזוהים ומזדהים איתן (ראו חלק ג במאמר).

6 בג"ץ 1067/08 עמותת נוער כהלכה נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, 6.8.2009) (להלן: פרשת עמנואל).

7 בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994); בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד נד(2) 345 (2000); דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז(3) 289 (2003); עמ"י 33832-12-03 מדינת ישראל נ' ראס (פורסם בנבו, 24.4.2013); בג"ץ 8124/15 מגנוס נ' הממונה על הכותל המערבי (פורסם בנבו, 11.1.2017) (להלן: פרשת נשות הכותל). ראו גם שלומית גרינפילד גילת "כותל משלהן": קריאה בהחלטת הביניים בבג"ץ 8124/15 מגנוס נ' הכותל המערבי" המשפט ברשת: זכויות אדם – כתב עת מקוון 4, 66 (2017).

8 על הקשר בין אזרחות, שייכות ושוני תרבותי ראו Ayelet Shachar, *Whose Republic? Citizenship and Membership in the Israeli Polity*, 13 GEO. IMMIGR. L.J. 233 (1999); BHIKHU PAREKH, *RETHINKING MULTICULTURALISM: CULTURAL DIVERSITY AND POLITICAL THEORY* 196, 224, 237 (2<sup>nd</sup> ed. 2000); GERSHON SHAFIR & YOAV PELED, *BEING ISRAELI: THE DYNAMICS OF MULTIPLE CITIZENSHIP* 22–23, 125–135 (2002); Leti Volpp, *Divesting Citizenship: On Asian American History and the Loss of Citizenship Through Marriage*, 53

– בין שמדובר בדת, לאום, מוצא, שפה או כל סממן תרבותי משותף אחר. פרטים חולקים תרבות משותפת כאשר הם נחשפו, ועודם נחשפים, למערכת ערכים משותפת המעצבת, בעוצמות ובהיקפים משתנים, את עולמם החברתי.<sup>9</sup> המונח "חברי הרוב בתוך קבוצת המיעוט" אינו מתייחס בהכרח לרוב מספרי של חברים בקבוצת המיעוט, אלא ליחסי הכוח בתוך קבוצת המיעוט.<sup>10</sup> חברים בקבוצת מיעוט יכולים להוות רוב בדרכים כגון שליטה על מוקדי כוח פוליטיים, כלכליים וחינוכיים של קבוצת המיעוט. המונח "מיעוט בתוך מיעוט" מתייחס לפרטים או לקבוצות בתוך קבוצת מיעוט, כגון נשים, הומואים ולסביות, הנחשבים למוחלשים מבחינת כוחם הפוליטי ביחס לרוב החברים בקבוצת המיעוט.<sup>11</sup> חברי מיעוטים בתוך מיעוטים שואפים לשנות מבפנים את הפרקטיקות השולטות בתרבות המיעוט שאליה הם משתייכים,<sup>12</sup> או לחלופין "לצאת" ממנה.

אדון בפסק הדין בבג"ץ הבוררת על מנת להמחיש את הצורך בזכות לתרבות ואת הפוטנציאל הגלום בשימוש בה. אטען כי לעומת מונחים אחרים הממשיגים טענות של קבוצות מיעוט בתוך מיעוט, כגון ה"זכות לשוויון" או "זכות היציאה מתרבות",<sup>13</sup> המונח "זכות

U. CAL. L. REV. 405, 480–481 (2005); Dora Kostakopoulou, *Thick, Thin and Thinner Patriotisms: Is this all there is?* 26 OXFORD J. LEGAL STUD. 73, 85–86 (2006); Ellen Wiles, *Headscarves, Human Rights, and Harmonious Multicultural Society: Implications of the French Ban for Interpretations of Equality*, 41 L. & SOC. REV. 699 (2007); Meital Pinto, *What are Offences to Feelings Really about? A New Regulatory Principle for the Multicultural Era*, 30 OXFORD J. LEGAL STUD. 695, 705–706 (2010)

9 הגדרה זו לקוחה מספרו של ALAN PATTEN, EQUAL RECOGNITION: THE MORAL FOUNDATIONS OF MINORITY RIGHTS 34, 39, 56–59 (2014).

10 נויה רימלט "הפרדה בין גברים לנשים כהפליה בין המינים" עלי משפט ג 99, 126 (2003).

11 לשימוש במושג "מיעוט בתוך מיעוט" בהקשר של פרטים וקבוצות מוחלשות בתוך קבוצות מיעוט בישראל ראו נטע זיו "עריכת-דין למען מטרה ציבורית – מיהו הציבור? מהי המטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות-מיעוט בישראל" משפט וממשל ו 129, הערה 64 (2001); גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל" עיוני משפט כז 23, 42 (2003–2004); אילן סבן "המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח" מחקרי משפט כד 565, 609 (2008); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 385–396 (2008); נילי כהן "אסירים, ענישה קהילתית וחינוך – בין 'סמכותה הטבעית' של המדינה לבין הפרטה, קהילתיות ופרטיות" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 595, 616 (2012).

12 לעתים מדובר בניסיון של קבוצות מיעוט בתוך מיעוט ליצור תרבות חדשה או תת-תרבות בתרבותם. כל עוד קבוצות המיעוט בתוך המיעוט מזוהות ומזדהות כשאיכות לקבוצת המיעוט, יש לדעת להתייחס לניסיונות אלה כאל ניסיונות לשינוי התרבות מבפנים.

13 זכות היציאה של פרטים מתרבותם מוגדרת כזכותם לפרוש מקבוצתם התרבותית ולבחור אורח חיים אחר, אם ירצו בכך, ומגנה עליהם מפני השתייכות לקבוצה הנגרמת רק בשל כפייה ישירה או עקיפה מצד חברי הקבוצה. ראו למשל Leslie Green, *Internal Minorities and Their Rights*, in THE RIGHTS OF MINORITY CULTURES 257 (Will Kymlicka ed., 1995); Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev, *Introduction*, in MINORITIES WITHIN MINORITIES: EQUALITY, RIGHTS

לתרבות" ממקד את הדיון המשפטי בתרבות המיעוט, שהיא מושאו הישיר של הקונפליקט. הזכות לתרבות מאפשרת להמשיג את טענותיהם של מיעוטים בתוך מיעוטים במונחים שאינם חיצוניים לתרבות המיעוט. כך, כאשר חברי מיעוטים בתוך מיעוטים מעלים טענות בשם הזכות לתרבות, הם אינם מובנים כמבקשים דבר מה המנוגד לתרבות המיעוט שאתה הם מזוהים. טענותיהם אינן נתפסות כטענות פטרנליסטיות מנוכרות, שמקורן בערכים המזוהים עם תרבות הרוב. בכך טמון יתרון ניכר לניתוח משפטי שממשיג בעיות של מיעוטים בתוך מיעוטים במונחים של הזכות לתרבות.<sup>14</sup> יתרון נוסף של השימוש בזכות לתרבות הוא שבניגוד להצעות אחרות לנתח את בעיותיהם של מיעוטים בתוך מיעוטים במונחים לבר-משפטיים, הזכות לתרבות שייכת לשיח הזכויות הדומיננטי והמוכר, שמחוקקים ובתי משפט מורגלים אליו. פרק ב למאמר זה יוקדש לתיאור עובדתי ולניתוח קצר של פסק הדין בבג"ץ הבוררת. בפרק ג אבאר את המושג ה"זכות לתרבות" ואטען כי יש להבין אותה כזכות המגנה על טוב שאותו חולקים כל חברי קבוצת המיעוט המזדהים עם התרבות המאפיינת אותה. תפיסה זו של הזכות לתרבות מניחה כי תרבות המיעוט, שהנה הטוב שעליו מגנה הזכות לתרבות, אינה אובייקט קבוע שאינו ניתן לשינוי, אלא תוצר משותף שכל חברי המיעוט רשאים לאתגרו ולשנותו. בפרק ד אטען כי הואיל והזכות לתרבות מגנה על טוב השייך לכל חברי המיעוט, אזי במקרים הדומים במאפייניהם לבג"ץ הבוררת עלינו להימנע מלשקול את טענת קבוצת המיעוט בתוך המיעוט כטענה חיצונית לזכות לתרבות. במקרים כאלה, כאשר המיעוט בתוך המיעוט מעלה טענות בנוגע לרצון לשנות נורמות ופרקטיקות דומיננטיות בתרבות המיעוט או להשפיע עליהן, אין להבין טענות אלה במונחים של הזכות של המיעוט בתוך המיעוט לשוויון מול הזכות לתרבות של קבוצת הרוב בתוך המיעוט. יש להבין כטענות בנוגע לזכות של המיעוט בתוך המיעוט לתרבות – אותה תרבות ואותה זכות שהם חולקים עם קבוצת הרוב בתוך המיעוט. בפרק ה אטען כי במקרה של הבוררת ובמקרים דומים לו רוצה המיעוט בתוך המיעוט לשנות את הנורמות המקובלות בתרבות המיעוט, ואילו הרוב בתוך המיעוט מבקש לשמר אותן ולהדיר חברי מיעוט שמתנגדים להן או מבקשים לשנותן. לכן, במקרים כאלה עלינו לגזור שתי

AND DIVERSITY 1 (Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev eds., 2005); מיכאל קרייני "על 'השלנו': רב-תרבותיות בהקשר הערבי-יהודי" עיוני משפט כז 71, 76-77, הערה 24 (2003); יעל סימון "זכות היציאה" ממיעוט לא-ליברלי ומודל 'המרחב ההשתתפותי': מערכת החינוך בצרפת ודיון ראשוני בישראל" משפט וממשל יב 227, 231 (2010); כהן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 617. 14 יתרון זה עולה בקנה אחד עם מה שמכונה בספרות "פמיניזם מוסלמי", היינו המשגת טענותיהן של נשים במונחים פנימיים לדת המוסלמית, להבדיל ממונחים כגון שוויון, הנתפסים ככאלה השייכים לקבוצת הרוב ונכפים על קבוצת המיעוט (ראו מירה צורף "אחרות" של 'האחרים' – נשים, מגדר ולאומיות בחברה הפלסטינית בצל האינתיפאדה" נשים במזרח התיכון: בין מסורת לשינוי 109, 128-130 (עפרה בנג'ו עורכת, 2004); נאיפה סריסי, ליאת קוזמא ורות רודד "מבוא" לנוכח בית הדין השרעי: תהליכי שינוי במעמדן של נשים מוסלמיות בישראל ובמזרח התיכון 16-20 (ליאת קוזמא עורכת, 2011).



זכויות שונות מהזכות לתרבות שמגנה על כל חברי קבוצת המיעוט: הראשונה היא זכותו של המיעוט בתוך המיעוט לשנות את הנורמות התרבותיות של קבוצת המיעוט ולעצבן; השנייה היא זכותו של הרוב בתוך המיעוט להדיר<sup>15</sup> או להוציא מתוך קבוצת המיעוט חברים שמתנגדים לנורמות התרבותיות שהרוב בתוך המיעוט מעוניין לשמר, או מבקשים לשנות את הנורמות הללו. אבקש להציע כמה קווים מנחים שיש לשקול, לדעתי, על מנת לאזן בין שתי זכויות אלה. קווים אלה אמורים לסייע להעריך את כנות הטענה העולה מצד קבוצת הרוב בתוך המיעוט, שלפיה הגנה על תרבות המיעוט מחייבת בהכרח הדרה של קבוצת המיעוט בתוך המיעוט. טענות שיהיו כנות פחות יפחיתו מכוחה של זכות הרוב בתוך המיעוט להדיר את המיעוט בתוך המיעוט.

### ב. פסק הדין בבג"ץ הבוררת

במרכז פסק הדין בבג"ץ הבוררת עומדת עותרת שבן זוגה הגיש תביעת בוררות לבית הדין השרעי בטייבה. בית הדין קיבל את בקשתו של בן הזוג והורה כי כל צד ימנה בורר מטעמו, בהתאם לסעיפים 130 ו-131 לחוק המשפחה העות'מאני.<sup>16</sup> סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני מורה לבית הדין השרעי למנות בוררים לסכסוך בין בני זוג הנמצאים בהליך פירוק נישואין. תפקיד הבוררים הוא לנסות לסייע בפיוס בין בני הזוג או לחלופין להכריע על פירוק הנישואים ועל גובה תשלום המוהר המגיע לאישה.<sup>17</sup> העותרת הגישה הודעה לבית הדין השרעי על מינויה של החאג'ה רודינה עמשה מטייבה כבוררת מטעמה. בית הדין השרעי דחה את הודעתה וקבע כי "בית דין זה רואה כי ציבור חכמי הדת התנו כי הבוררים צריכים להיות גברים, זה לפי דברי הזרם המאלכי החנבלי והשאפעי [...]". בהמשך פסיקתו חייב בית הדין את העותרת למנות בורר גבר. על החלטה זו הגישה העותרת ערעור לבית הדין השרעי לערעורים. בית הדין דחה את ערעורה וקבע כי סעיף 130 לחוק המשפחה מבוסס על הפרשנות המאלכית, ומאחר שהמאלכים דרשו כי בוררים יהיו גברים, לא ניתן למנות אישה לתפקיד בוררת. העותרת לא אמרה נואש ועתרה לבית המשפט העליון בשבתו כבית דין גבוה לצדק. פסק הדין בבג"ץ עסק אפוא בשאלה העקרונית והיא אם נשים זכאיות לשמש בתפקיד בוררות בהליך פירוק נישואין בבית הדין השרעי. העותרת תמכה את עתירתה בארבעה טיעונים מרכזיים. לפי הטיעון הראשון, על בית הדין השרעי לפרש את חוק המשפחה העות'מאני כפי שנהוג לפרש חוקים אזרחיים אחרים, ולא על פי פרשנויות שהיו מקובלות אצל חכמי הדת בתקופה שקדמה

15 כפי שאסביר בפרק ה, מהמונח "הדרה" לא משתמע בהכרח שחברי הרוב בתוך קבוצת המיעוט מבקשים להיפרד מחברי המיעוט בתוך המיעוט. סוגים מסוימים של הדרה כוללים גם ניכוס טובים תרבותיים לטובת קבוצת הרוב בתוך המיעוט ומניעתם מקבוצת המיעוט בתוך המיעוט. חוק המשפחה המוסלמית (1917).

16 ראו הסבר גם בפס' 36 לפסק דינה של השופטת ארבל בבג"ץ הבוררת, לעיל ה"ש 4.

לחקיקתו של החוק. על פי הפרשנות האזרחית, יש לפרש את סעיף 130 לחוק כמאפשר למנות בורר או בוררת, וזאת גם על בסיס השוואה עם הוראות המג'לה העוסקות בבוררות ומעניקות לצדדים חירות לבחור את הבורר המקובל עליהם.

לפי הטיעון השני, גם אם מקבלים את העמדה שחוק המשפחה העות'מאני הוא חוק דתי, יש לפרש אותו לפי אסכולות אחרות באסלאם, המתירות מינוי של אישה לתפקיד בוררת. העותרת הדגישה בהקשר זה כי המחוקק העות'מאני שחוקק את חוק המשפחה לא אימץ את הפרשנות המאלכית לכל אורך הדרך והרשה לעצמו לקבוע נורמות שונות מאסכולה זו. עוד נטען כי המג'לה מבוססת על האסכולה החנפית, וכי כך נהגו תושבי הארץ במשך שנים רבות, ולכן אין לכפות עליהם כעת את דיניה של האסכולה המאלכית. העותרת גם הפנתה למוסדות דתיים ברשות הפלסטינית ובמדינות מוסלמיות, כמו ירדן, מצרים ומרוקו, שם מונו בשנים האחרונות נשים לכהן גם בתפקיד של קאדי.

טיעונה השלישי של העותרת הוא שהחלטות בתי הדין השרעיים בעניין בקשתה למנות בוררת דינן להתבטל, הואיל והן נוגדות את חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, הדורש דין אחד לאישה ולאיש לכל פעולה משפטית.<sup>18</sup>

הטיעון הרביעי, שהוצג בעתירה על ידי הארגון הפמיניסטי "כיאן", הוא שמינוי נשים לתפקיד בוררות יתרום לחיזוק מעמדן המוחלש של נשים בתוך הקהילה המוסלמית. מינוי כזה יאפשר לנשים המוסלמיות נגישות רבה יותר לבתי הדין השרעיים ויתרום להשמעת קולן.<sup>19</sup> בית המשפט העליון החליט לקבל את העתירה ולבטל את החלטתו של בית הדין השרעי. נקבע כי הדיון יוחזר לבית הדין השרעי להמשיך הליך הבוררות, ותינתן לעותרת אפשרות לבחור בוררת אישה מטעמה. פסק הדין העיקרי נכתב על ידי השופטת ארבל. רובו המכריע עוסק בשאלות אם החלטתו של בית הדין השרעי לדחות את בקשתה של העותרת למנות בוררת מטעמה מהווה הפליה, ואם היא מנוגדת להוראות חוק שיווי זכויות האישה.<sup>20</sup> השופטת ארבל מקדישה פסקאות לא מעטות מפסק הדין לחשיבותו של עקרון השוויון בכלל ולחשיבותו של שוויון כלפי נשים בפרט.<sup>21</sup> השופטת מדגישה שהשמירה על עקרון השוויון חשובה במיוחד בכל הנוגע למעמדן של נשים בתוך מוסדות דתיים, שבהם מתקיים פעמים רבות אי-שוויון מובנה לרעתן של נשים.<sup>22</sup> מאחר שתכליתו של חוק שיווי זכויות האישה היא לקדם את שוויון הנשים בחברה הישראלית, השופטת ארבל מסיקה כי יש לפרש את תחולת החוק בהרחבה ואת

18 ס' א(א) לחוק שיווי זכויות האישה.

19 בג"ץ הבוררות, לעיל ה"ש 4, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ארבל.

20 משמעותה של החלטה המנוגדת להוראות חוק שיווי זכויות האישה היא התעלמותו של בית הדין השרעי מהוראת חוק המופנית אליו. התעלמות כזו מצדיקה את התערבותו של בג"ץ בהחלטת בית הדין השרעי (שם, פס' 21 לפסק דינה של השופטת ארבל).

21 שם, פס' 22-25 לפסק דינה של השופטת ארבל.

22 שם, פס' 25-26 לפסק דינה של השופטת ארבל.

חריגיו של החוק בצמצום.<sup>23</sup> אחד החריגים בחוק שיווי זכויות האישה בא לידי ביטוי בסעיף 7(ג) לחוק, הקובע כי "הוראות חוק זה לא יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, ובכלל זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים". השופט ארבל קובעת כי החריג לא חל, מאחר שבורר או בוררת אינם תפקידים דתיים. בהסתמכה על מאמרו של המלומד מוסה אבו-רמאדאן<sup>24</sup> מדגישה ארבל כי "הבוררים [...] אינם נדרשים להכרה כלשהי של הדין הדתי, כישורים, הבנה או הסמכה בדין זה. אין להם כל מקצועיות או מיומנות בהפעלת הדין הדתי [...] יתרה מכך, הבוררים אינם נדרשים להפעיל את הדין הדתי במסגרת תפקידם. כל שעליהם לעשות הוא לפעול בהתאם להוראות הסעיף – לנסות להביא את בני הזוג לכדי פיוס, ואם אין בידם לעשות זאת, עליהם לפסוק גירושין תוך קביעה באיזה צד האשם, ומה יהיה גובה המוהר בהתאם לכך. כאשר הם נתקלים בבעיה כלשהי עליהם לפנות לקבלת הוראות מבית הדין השרעי".<sup>25</sup>

תוצאת פסק הדין מבורכת מאוד בעיניי.<sup>26</sup> ואולם, לדעתי, חוק שיווי זכויות האישה לא היה צריך למלא תפקיד כה מרכזי בפסק הדין בבג"ץ הבוררת. מוטב היה לתת נוסף עליו, או אפילו במקומו, במה מרכזית לזכות לתרבות של העותרת. אסביר את טענתי בשלב זה בקצרה, ואפרט אותה בפרקים הבאים של המאמר. הוויכוח המרכזי בבג"ץ הבוררת הוא על מעמדן של נשים מוסלמיות בדת ובתרבות המוסלמית בישראל. מוסלמים הנם קבוצת מיעוט מובהקת בישראל. הסמכויות שניתנות לבתי הדין השרעיים הן חלק ממערך הזכויות הקבוצתיות המגנות על קבוצת המיעוט המוסלמית ומאפשרות לה להתקיים לצד קבוצת הרוב היהודית.<sup>27</sup> נשים מוסלמיות, המצויות במצב נחות מגברים בכל הקשור לעניינים דתיים ולענייני המעמד האישי,<sup>28</sup> הן קבוצת מיעוט בתוך מיעוט. אין ספק כי תוצאת פסק דין בבג"ץ הבוררת משפרת

- 23 שם, פס' 31 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 24 Moussa Abou Ramadan, *Divorce Reform in the Shari'a Court of Appeals in Israel* (1992–2006), 13 ISLAMIC L. & SOC. 242, 264–265 (2006); בג"ץ הבוררת, לעיל ה"ש 4, פס' 41 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 25 דברי השופטת ארבל, שם.
- 26 ניתן לטעון מנגד כי החלטה זו חודרת באופן קשה לאוטונומיה השיפוטית של בית הדין השרעי, ולכן אינה מבורכת. ואולם, מאחר שלדעתי חשוב שבג"ץ יתערב בהחלטותיהם של בתי דין דתיים, בעיקר כדי לשמור על זכויותיהם של מיעוטים בתוך מיעוטים, ומאחר שממילא בג"ץ מתערב לעתים רחוקות בהחלטותיהם של בתי דין דתיים (ראו שם, פס' 19–20 לפסק דינה של השופטת ארבל), אינני חושבת שטענה זו חזקה במיוחד (בהקשר זה טוען אמנון רובינשטיין, בצדק, כי על בתי המשפט לקחת חלק פעיל בתהליכי עיצוב המדיניות בעניינים דתיים ותרבותיים הואיל ו"שאלות רב-תרבותיות נוגעות באינטרסים היסודיים ביותר של הפרט...". ראו אמנון רובינשטיין *שבטי מדינת ישראל: ביחד ולחוד: ליברליזם ורב-תרבותיות בישראל* 62 (2017)).
- 27 קרייני, לעיל ה"ש 13, בעמ' 73; סבן, לעיל ה"ש 11, בעמ' 609.
- 28 ח'אולה אבו-בקר "ריבוי משמעויות של פמיניזם כדוגמה לחינוך לרב-תרבותיות: פמיניזם של נשים ערביות כחקר מקרה" חינוך בחברה רבת תרבויות: פולרליזם ונקודות מפגש בין שסעים תרבותיים 187, 187–192 (פנינה פרי עורכת, 2007); פייסל עזאיה, ח'אולה אבו-בקר, רחל הרץ-

את מעמדן של נשים מוסלמיות בתוך קבוצת המיעוט המוסלמית. תוצאה זו הושגה בעקבות פרשנות מרחיבה של תחולתו של חוק שיווי זכויות האישה על בית הדין השרעי. בכך מצטרף פסק דין בבג"ץ הבוררת לשיח האקדמי הדומיננטי, הממשיג בעיות של מיעוטים בתוך מיעוטים כקונפליקט בין שתי זכויות: הזכות לחופש הדת או הזכות לתרבות של קבוצת הרוב הדומיננטית בתוך קבוצת המיעוט,<sup>29</sup> המעוניינת בשימור פרקטיקות תרבותיות מסוימות, אל מול זכויות אינדיבידואליות של חברי המיעוט בתוך המיעוט, כגון הזכות לשוויון, המבקשים לשנות פרקטיקות אלה או לקרוא עליהן תיגר. דרך ניתוח זו נקראת גם ה"גישה הדומיננטית" או ה"גישה השיפוטית".<sup>30</sup>

טענתי המרכזית היא שבית המשפט היה יכול להגיע לתוצאה מעשית דומה, המחזקת את מעמדן של נשים באסלאם בכלל ובבית הדין השרעי בפרט, אילו עשה שימוש בזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט במקום בזכות לשוויון או נוסף עליה. הערך הטמון בהסתמכות על הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט הוא בעל משמעות סמלית-אקספרסיבית. בעוד הזכות לשוויון וחוק שיווי זכויות האישה מוחלים על בית הדין השרעי מ"בחוץ" ונתפסים כערכים חיצוניים הנאכפים על תרבות המיעוט המוסלמי, הרי שהזכות לתרבות נתפסת כמגנה על תרבות המיעוט ועל הערכים שבה. כאשר גם טענותיו של המיעוט בתוך המיעוט חוסות בצילה של הזכות לתרבות, מאבקו אינו נתפס כמאבק חיצוני בין קבוצת המיעוט לקבוצת הרוב, אלא כמאבק פנימי לגיטימי בין חברי המיעוט על משמעות הערכים והפרקטיקות של תרבות המיעוט, המשותפים לכל החברים המזדהים או מזוהים אִתָּה.

טענתי נסמכת על הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט. דיון על הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט מצריך דיון מושגי מקדמי על הזכות לתרבות. לכך יוקדש הפרק הבא של המאמר.

לזרוביץ ואסעד גאנם "מבוא" נשים ערביות בישראל: תמונת מצב ומבט לעתיד (פייסל עזאיזה, ח'אולה אבו-בקר, רחל הרץ-לזרוביץ ואסעד גאנם עורכים, 2009).

29 בית הדין השרעי לא טען במפורש במקרה זה לזכות לתרבות או לזכות לחופש הדת, אולם כפי שאסביר בהמשך המאמר, זו הדרך הנכונה לדעתי להמשיג את טענותיו במסגרת שיח של זכויות. גישה זו מזוהה עם סוזן אוקין מולר, מרתה נוסבאום, צ'נדראן קוקטאס וג'ף ספינר הלב (לסיכום גישה זו ראו Avigail Eisenberg, *Identity and Liberal Politics: The Problem of Minorities within Minorities*, in MINORITIES WITHIN MINORITIES: EQUALITY, RIGHTS AND DIVERSITY (2005) Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev eds., 249, 251-256). אן פיליפס כינתה את הגישה המאזנת בין הזכות לתרבות של קבוצת הרוב בתוך המיעוט והזכות לשוויון של המיעוט בתוך המיעוט בשם "הגישה השיפוטית": Anne Phillips, *Dilemmas of Gender and Culture: The Judge, the Democrat and the Political Activist*, in MINORITIES WITHIN MINORITIES: EQUALITY, RIGHTS AND DIVERSITY 113, 115 (Avigail Eisenberg & Jeff Spinner-Halev eds., 2005).

### ג. הזכות לתרבות – זכותם של כל חברי קבוצת המיעוט בטוב השתתפותי

תביעות של חברי קבוצות מיעוט בחברות רבות-תרבותיות נתפסות לעתים קרובות כתביעות בנוגע ל"זכות לתרבות", "זכויות קבוצתיות", "זכויות קיבוציות" או "זכויות קולקטיביות".<sup>31</sup> למען האחידות והבהירות, אתייחס למונחים אלה כבעלי משמעות זהה של "טענות לזכות לתרבות". המונח "תרבות" מתייחס במאמר זה לכל סוגי התרבויות – כאלה שחבריהן מזדהים עם דת, לאום, מוצא, שפה או כל סממן תרבותי משותף אחר. פרטים חולקים תרבות משותפת כאשר

31 הזכות לתרבות מוגדרת בספרות כזכות המגנה על קבוצות מיעוט בלבד. ההנחה היא כי רק קבוצות מיעוט שתרכותן פגיעה יותר מתרבותה של קבוצת הרוב זקוקות להגנתה של הזכות לתרבות מלכתחילה. ראו למשל Will Kymlicka, *MULTICULTURAL CITIZENSHIP* 107–130 (1996); Margot E. Salomon, *Socio-Economic Rights as Minority Rights*, in *UNIVERSAL MINORITY RIGHTS* 431 (Marc Weller ed., 2007); Denise G. Réaume, *Individuals, Groups and Rights to Public Goods*, 38 U. T. L.J. 1, 8 (1988); Leslie Green, *Two Views of Collective Rights*, 4 CAN. J. L. & JURIS. 315 (1991); Michael McDonald, *Questions about Collective Rights*, in *LANGUAGE AND THE STATE: THE LAW AND POLITICS OF IDENTITY* 3 (David Schneiderman ed., 1991); Avishai Margalit & Moshe Halbertal, *Liberalism and the Right to Culture*, 61 SOC. RESEARCH 491 (1994); James W. Nickel, *Group Agency and Group Rights*, in *ETHNICITY AND GROUP RIGHTS* 235 (Ian Shapiro & Will Kymlicka eds., 1997); Yael Tamir, *LIBERAL NATIONALISM* 42 (1993); Ayelet Shachar, *MULTICULTURAL JURISDICTIONS: CULTURAL DIFFERENCES AND WOMEN'S RIGHTS* 22–23 (2001); Dwight Newman, *Collective Interests and Collective Rights*, 49 AM. J. JUR. 64 (2004); Gidon Sapir, *Religion and State – A Fresh Theoretical Start*, 75 NOTRE DAME L. REV. 579, 625–664 (1999); Gidon Sapir & Daniel Statman, *Why Freedom of Religion Does not Include Freedom from Religion*, 24 L. & PHIL. 467, 478–484 (2005); Barak Medina, *Enhancing Freedom of Religion Through Public Provision of Religious Services*, 39 ISR. L. REV. 127, 137 (2006); Avihay Dorfman, *Freedom of Religion*, 21 CANADIAN J.L. & JUR. 279, 287–289 (2008); Meital Pinto, *The Right to Culture, the Right to Dispute and the Right to Exclude: A New Perspective on Minorities within Minorities*, 28 RATIO JURIS 521 (2015); אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241, 261–260 (2002); איל בנבנשתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי המשפט" עלי משפט ג 463 (2003); קרייני, לעיל ה"ש 13; דניאל סטטמן וגרעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" מחקרי משפט כא 5, 15–19 (2004); גדעון ספיר "גבולות מיסוד הדת" משפט וממשל ח 155, 178–179 (2005); גילה שטופלר "מאחורי הרעלה – הטלת הגבלות על עטיית כיסוי-ראש לנשים במדינות ליברליות" משפט וממשל יב 191 (2010); יואב המר "משפט, תרבות מקומית ותרבויות מיעוט: דרישות תוכן בשידורי רדיו וטלוויזיה בישראל" משפט וממשל יד 149 (2012). לדעה שלפיה הזכות לתרבות עומדת לכל קבוצה תרבותית, אך מועצמת ביחס לקבוצת מיעוט, ראו את דבריה של השופטת ארבל בבג"ץ רובינשטיין בעניין לימודי הליבה, לעיל ה"ש 1, פס' 62 לפסק דינה של השופטת ארבל. לדעות דומות ראו גם יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית" משפט וממשל ו 87 (2001); גרשון גונטובניק הפליה בדיוק וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 96 (2014).

הם נחשפו, ועודם נחשפים, למערכת ערכים משותפת המעצבת, בעוצמות ובהיקפים משתנים, את עולמם החברתי.<sup>32</sup> כך, למשל, דת מובנת בהקשר זה לא רק כאמונה אינדיווידואלית, אלא גם כדרך חיים שאנשים יוצרים ונהנים ממנה במשותף.<sup>33</sup> מאחר שדת מובנת כמסגרת תרבותית,<sup>34</sup> לא אתיחס אליה כאל מסגרת שונה ממסגרות תרבותיות מקיפות שאינן דתיות.<sup>35</sup> מאותה סיבה, גם הזכות לחופש הדת מובנת במאמר זה כנגזרת של הזכות לתרבות.<sup>36</sup> בכתיבה המושגית העוסקת בזכויות קבוצתיות ניתן לזהות שתי גישות. הגישה הראשונה ממשגה זכות קבוצתית כזכות הניתנת בידיה של קבוצה המהווה ישות קולקטיבית, ואילו הגישה השנייה ממשגה זכות קבוצתית כזכות הניתנת בנפרד לכל אחד מחברי קבוצה מסוימת, כיחידים החולקים טוב קולקטיבי משותף.<sup>37</sup> הגישה הראשונה מתמקדת בקבוצה המחזיקה את הזכות (the right's holder). היא מניחה שהקבוצה שמחזיקה בזכות משקפת אינטרסים כלל-קבוצתיים, שערכה עולה על סך כל הערכים של פרטים המזוהים ומזדהים אתה ושהוא אינו תלוי בהם בהכרח. הגישה השנייה, לעומת זאת, מתמקדת בטוב הקולקטיבי המוגן על ידי הזכות. ערכו של הטוב והסיבות להגנה עליו נגזרים במישרין מהאינטרסים של הפרטים החולקים אותו במשותף ורואים בו ערך ראוי להגנה.

אני אאמץ את הגישה השנייה, שמשתי סיבות מתאימה יותר לטיפול בנושא המיעוט בתוך המיעוט. ראשית, העובדה שהיא דוחה את קיומה של ישות קולקטיבית המחזיקה את הזכות עולה בקנה אחד עם העיקרון הליברלי של אינדיווידואליזם מתודולוגי, שלפיו תרבות אינה

- 32 הגדרה זו לקוחה מתוך PATTEN, לעיל ה"ש 9.
- 33 Alvin J. Esau, *Islands of Exclusivity: Religious Organizations and Employment Discrimination*, 33 U.B.C. L. REV. 719, 727 (2000); Peter G. Danchin, *Suspect Symbols: Value Pluralism as a Theory of Religious Freedom in International Law*, 33 YALE J. INT'L L. 1, 47 (2008).
- 34 כאן אני מאמצת את הספרות האנתרופולוגית שמתייחסת לדת כאל מסגרת של סמלים ציבוריים המהווה תרבות מקיפה. ראו Clifford Geertz, *Religion as a Cultural System*, in THE INTERPRETATION OF CULTURES 87 (1973).
- 35 גישתי בעניין זה זהה לגישתם של סטממן וספיר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 16.
- 36 Sapir, לעיל ה"ש 31, בעמ' 625-641; Medina, לעיל ה"ש 31, בעמ' 137.
- 37 ראו סיכום של שתי הגישות אצל לסלי גרין (Green, לעיל ה"ש 31). שתי גישות אלה קשורות לשיח מרכזי יותר בפילוסופיה בנוגע לדרך הנכונה להבין זכויות כמגנות על אינטרסים של בעלי הזכויות או על הבחירה של בעלי הזכויות (Alon Harel, *Theories of Rights*, in BLACKWELL'S GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY 191 (Martin P. Golding & William Edmundson eds., 2005)). הגישה השנייה משקפה על תרבויות מנקודת מבט ליברלית ומניחה כי פרטים בתרבויות שונות שותפים שווים ליצירת הטוב, וחשוב מכך – נהנים ממנו במשותף. המציאות מלמדת כמובן כי בישראל, ובעולם בכלל, יש תרבויות לא-ליברליות, שבהן הפרט אינו מוגדר כשותף שווה. ואולם, כפי שאסביר להלן, הבנה כזו של תרבות אינה עולה בקנה אחד עם מסגרת הזכויות הליברלית שאליה אני מחויבת במאמר זה.

יותר מסך המטרות המשותפות של חבריה;<sup>38</sup> שנית, הגישה השנייה מכירה גם באופי הקולקטיבי של הטוב מושא הזכות, היינו תרבות, ובכך שהוא מצריך הגנה מצד המדינה השונה מזו שמצריכים טובים המוגנים על ידי זכויות אינדיווידואליות קלסיות. התפיסה השנייה של הזכות לתרבות, כלומר התפיסה של טובים קולקטיביים, מחייבת אותנו לבחון את אופיו של הטוב, או האינטרס שעליו מגנה הזכות, כדי להחליט אם מדובר בזכות קבוצתית לתרבות. השאלה היא אפוא: אילו טובים או אינטרסים מוגנים על ידי זכות קבוצתית לתרבות? דניז ראום טוענת כי יש טוב קולקטיבי מסוג מסוים שיכול להיות מוגן רק על ידי זכות קבוצתית לתרבות. ראום מכנה אותו 'טוב השתתפותי' ומגדירה שני תנאים מצטברים לקיומו. התנאי הראשון הוא שניתן יהיה לייצר את הטוב רק על ידי קבוצה של אנשים; התנאי השני הוא שלטוב יהיה ערך רק בגלל מעורבות הקבוצה בו. במילים אחרות, התנאי השני הוא שניתן יהיה ליהנות מהטוב או להפיק ממנו ערך רק בקבוצה.<sup>39</sup> האופי ההשתתפותי של הטוב הופך את הזכות המגנה עליו לזכות קבוצתית.<sup>40</sup> ההגדרה של ראום לטוב השתתפותי מניחה שינוי והתפתחות. אם טוב השתתפותי מיוצר רק על ידי קבוצה של פרטים וניתן להפיק ממנו ערך רק בקבוצה, ההנחה היא שברוב המקרים אין מדובר באובייקט בעל ערך ומאפיינים קבועים בהכרח. תרבויות מיעוט מוגנות על ידי זכויות משפטיות לא בשל היותן אובייקטים קבועים בעלי ערך אסתטי לאנושות כולה, אלא בגלל החשיבות שלהן בעיני הפרטים הספציפיים המזוהים ומזדהים אתן.<sup>41</sup> תרבות וערכים תרבותיים

38 לסקירה של הוויכוח על אודות אינדיווידואליזם מתודולוגי בהשוואה לקולקטיביזם ראו Joseph Heath, *Methodological Individualism*, in *The STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY* (Edward N. Zalta ed., 2005), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2005/entries/methodological-individualism>. יוסף אגסי טוען שגישה המשייכת אינטרסים לקבוצות שאינם ניתנים לרדוקציה לאינטרסים של כל פרט המזוהה עם הקבוצה אינה מוצדקת מנקודת מבט ליברלית. ראו Joseph Agassi, *Methodological Individualism*, 11 *BRITISH J. SOCI.* 244 (1960). לוויכוח בנוגע לאינדיווידואליזם מתודולוגי וקולקטיביזם בהקשר של זכויות קבוצתיות ראו Green, לעיל ה"ש 31, בעמ' 319–320. אמנון רובינשטיין מזהה את הגישה הקהילתנית כזו שהצמיחה את הרעיון לפיו לישויות קבוצתיות יש קיום עצמאי ואינטרסים משל עצמן, ואת הגישה הליברלית כמי שהצמיחה את רעיון ההומניזם הליברלי, לפיו חשיבותן המוסרית של קבוצות תרבותיות נובעת רק מחשיבותן ותרומתן לאינטרסים של האינדיווידואלים המרכיבים אותן. ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 26, בעמ' 64–65.

39 Réaume, לעיל ה"ש 31.

40 עם זאת חשוב לציין כי ראום אינה מציעה הגדרה כללית של הזכות לתרבות. היא אינה טוענת כי רק זכות המגנה על טוב השתתפותי היא זכות לתרבות, אלא כי טוב השתתפותי יכול להיות רק מוגן רק על ידי זכות לתרבות. באותו אופן גם אני איני מציעה הגדרה כללית של זכות לתרבות. אני בוחרת בהגדרה של ראום מאחר שהיא מספקת דרך טובה להבין את הזכות לתרבות ללא צורך להתעמק בשאלות בדבר הזהות של הקבוצה המחזיקה בזכות לתרבות. כפי שהסברתי, עיסוק בשאלות כאלה מרחיק אותנו מן המסגרת הכללית של זכויות אדם במסגרת הליברלית.

41 Joseph Raz, *Multiculturalism: A Liberal Perspective*, *DISSENT* 67, 74 (1994); Denise G. Réaume, *Justice between Cultures: Autonomy and the Protection of Culture Affiliation*, 29

אינם אובייקט קבוע שאינו ניתן לשינוי. בבסיס ההגנה על הזכות לתרבות מצויה ההנחה שכל אחד מחברי המיעוט יכול להשפיע על תוכני התרבות ועל הפרקטיקות הדומיננטיות שבה.<sup>42</sup> לכן, ניתן להניח שחברי קבוצות מיעוט תרבותיות (כולל חברי המיעוט בתוך המיעוט) זכאים להגנה של הזכות לתרבות גם אם הם מבקשים לשנות את הנורמות והערכים הדומיננטיים בתרבותם או לשפרם.

#### ד. הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט בבג"ץ הבוררת ובעניינים משפטיים אחרים

התפיסה של הזכות לתרבות המגנה על טוב השתתפותי של תרבות, שכל חברי קבוצת המיעוט שותפים ליצירתו, להנאה ממנו ולשינויו, תשמש כנקודת מוצא לטענותי המרכזית במאמר זה. טענותי נוגעת למיעוטים בתוך מיעוטים המבקשים לחלוק על פרקטיקות ונורמות דומיננטיות בתרבות המיעוט, לאתגרן ולשנות אותן, כך שהן ישקפו באופן שוויוני את תפוסותיהם של כל חברי המיעוט.<sup>43</sup> מדובר בטענות ביקורתיות של חברי מיעוטים תרבותיים כלפי פרקטיקות דומיננטיות בקרב קבוצת המיעוט שלהם, המבקשות להשפיע על הדרך שבה תרבות המיעוט מעוצבת ולשנות נורמות שנויות במחלוקת בעיניהם.

טענתה של העותרת בבג"ץ הבוררת היא לדעתי דוגמה טובה לטענה מהסוג הזה. העותרת לא השלימה עם הפרקטיקה המקובלת בישראל, שלפיה ממונים רק גברים לתפקיד של בוררים בהליכים המתנהלים בפני בית הדין השרעי. בקשתה למנות בוררת מטעמה היא לאמתו של דבר בקשה לשנות את הפרקטיקה המקובלת בקרב חברי קבוצת המיעוט שאליה היא משתייכת, כך שתשקף גם את ערכיהן של נשים וצורכיהן הייחודיים. העותרת לא ביקשה אפוא "לצאת" או להתנתק מקבוצת המיעוט שאליה היא משתייכת. היא ביקשה לשנות את תרבות המיעוט

U.B.C. L. REV. 117, 129 (1995); Ayelet Shachar, *On Citizenship and Cultural Vulnerability*, 21 POL. THEORY 64, 72 (2000); Madhavi Sunder, *Cultural Dissent*, 54 STAN. L. REV. 495, 509–523 (2001); Yaacov Ben-Shemesh, *Law and Internal Cultural Conflicts*, 1 L. & ETHICS HUM. RTS. 271, 285 (2007). ייתכנו כמובן מקרים נדירים שבהם הפרטים המרכיבים קבוצה תרבותית ייצרו טוב השתתפותי, בעל מאפיינים זהים, באופן חזרתי וסיסטמטי. ואולם, מה שחשוב הוא שההגדרה של טוב השתתפותי אינה מניחה שהוא ראוי להגנה רק במקרים שבהם יש לו ערך קבוע וחזרתי. הוא ראוי להגנה בגלל החשיבות שלו בעיני הפרטים המזוהים אתו. טיעונים בנוגע לחשיבותן של תרבויות בעיני הפרטים המזוהים אתן בדרך כלל מדגישים את הערך של תרבות לקידום האוטונומיה והזהות התרבותית של פרטים אלה (הכתיבה בנושא זה ענפה. לסיכום טיעונים אלה ראו מיטל פינטו "על זכויות שפה והגירה" משפט וממשל י' 223, 247–255 (2006)).

42 גונטובניק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 42.

43 הספרות האקדמית מכנה טענות אלה בשם "דעת המיעוט התרבותי". ראו Sunder, לעיל ה"ש 41.



ולהתאימה כך שתכלול גם את השקפת עולמן וצורכיהן של נשים. היינו, העותרת בבג"ץ הבוררת תבעה את זכותה להגן על הטוב ההשתתפותי של תרבות המיעוט כפי שהיא מבינה אותה. ובכל זאת, אף על פי שהעותרת ביקשה לאתגר פרקטיקה דומיננטית בתרבות שאתה היא מזדהה ואליה היא משתייכת, טענותיה המשפטיות הומשגו במונחים חיצוניים לתרבות המיעוט.

טענתי היא לכן כי במקרים משפטיים מהסוג של בג"ץ הבוררת יש להבין את טענותיהם של מיעוטים בתוך מיעוטים במונחים של הזכות לתרבות – אותה תרבות המהווה טוב השתתפותי שאותו הם יוצרים וחולקים יחד עם חברי קבוצת הרוב בתוך המיעוט. במילים אחרות, הגם שטענת העותרת מנוגדת לטענותיו של בית הדין השרעי, טענותיהם של שני הצדדים ראיות לבוא במסגרתה של הזכות לתרבות, מכיוון שזכות זו מגנה על התרבות המוסלמית ששייכת לעותרת בדיוק כפי שהיא שייכת לבית הדין השרעי ולחברי הרוב בתוך קבוצת המיעוט המוסלמי. הזכות לתרבות אינה צריכה אפוא להיות מאוזנת עם זכות העותרת לשוויון, משום שתרבות המיעוט, שהזכות לתרבות מגנה עליה, שייכת לעותרת בדיוק כפי שהיא שייכת למשיבים.<sup>44</sup>

טענתה של העותרת בבג"ץ הבוררת דומה במהותה לטענות נוספות שעלו מצד מיעוטים בתוך מיעוטים, אשר הובאו לפתחם של בתי המשפט בישראל. אתיחס אליהן בהמשך המאמר. בחלק זה אתרכז במקרה אחד, שעניינו הפרדה בין תלמידות מזרחיות לתלמידות אשכנזיות בבית הספר היהודי חרדי "בנות יעקב" שבעמנואל.<sup>45</sup> ההשוואה בין בג"ץ הבוררת לבין עניין בנות יעקב תדגיש את הדמיון בין טענות של מיעוטים בתוך מיעוטים המובאות לפני בתי המשפט בישראל, את הצורך להמשיגן במונחי הזכות לתרבות ואת היתרון הטמון בכך. "בנות יעקב" הוא בית ספר דתי-חרדי הפועל תחת רישיון ממשרד החינוך ומסובסד על ידי המדינה, אך אינו חלק ממערכת בתי הספר הציבוריים במדינה. בית הספר הציע שני מסלולים חינוכיים שונים: המסלול החסידי והמסלול הכללי. המסלול החסידי נחשב יוקרתי יותר. הוא שכן באגף נפרד של בית הספר, מגרש המשחקים שהשתייך אליו היה נפרד גם הוא, ולימדו בו מורים שלא לימדו במסלול הכללי. בין שני המסלולים הפריד קיר. 73% מהנערות במסלול החסידי היו ממוצא אשכנזי, ורק 27% מהן היו ממוצא מזרחי או ספרדי. במסלול הכללי היו רק 23% מהבנות ממוצא אשכנזי וכל השאר ממוצא מזרחי או ספרדי. נוסף על הפרדה

44 דעתי בבג"ץ הבוררת מתיישבת עם דעתם של מלומדים אחרים, שחושבים שמקרים שבהם מיעוטים בתוך מיעוטים מבקשים לשנות או לאתגר נורמות ופרקטיקות בתרבות המיעוט שלהם אינם צריכים להיות מובנים במונחים של הזכות לתרבות של הרוב בתוך המיעוט אל מול הזכות לשוויון של המיעוט בתוך המיעוט. לדעות המלומדים, ראו Sunder, לעיל ה"ש 41, בעמ' 535 – Ben-Shemesh; 542, לעיל ה"ש 41, בעמ' 275.

45 פרשת עמנואל, לעיל ה"ש 6.

הגאוגרפית בין המסלול הכללי למסלול החסידי נכפה סגנון התפילה האשכנזי על הבנות המזרחיות או הספרדיות המעטות שהתקבלו למסלול החסידי.

העותרת היא אגודת "נוער כהלכה" – ארגון ללא מטרת רווח שמטרתו למגר את מדיניות האפליה בחינוך החרדי. העותרת הגישה עתירה כנגד מה שהיא כינתה "מדיניות מפלה" של בית ספר "בנות יעקב" בעמנואל. העותרת טענה כי ההורים הספרדים נדרשים לשלם תשלום חודשי נוסף כדי שבנותיהן יוכלו ללמוד במסלול החסידי, וכי מוערמים קשיים ביורוקרטיים על ההורים המזרחיים המעוניינים לרשום את בנותיהם למסלול החסידי. העותרת הדגישה כי ההפרדה ומאפייניה משפילים את התלמידות המזרחיות ואת הוריהן.<sup>46</sup>

בית הספר ניסה להצדיק את ההפרדה בין שני המסלולים בטענה שהיא מתבצעת על רקע דתי ולא על רקע עדתי. הפרדה מסוג זה מוגנת, לטענת בית הספר, על ידי הזכות לחופש הדת, אשר מאפשרת לקהילת מיעוט תרבותית אוטונומיה חינוכית.<sup>47</sup>

בחודש אוגוסט 2009 קיבל בית המשפט העליון את העתירה. השופטים אדמונד לוי, חנן מלצר ועדנה ארבל הורו לבית הספר לבטל בתוך שבוע את ההפרדה בין המסלולים. אמנם איש מהשופטים לא התייחס במפורש למונחים "זכויות קבוצתיות", "זכויות קיבוציות" או "זכות לתרבות", אך כל השופטים פירשו את הזכות לחינוך דתי ואת הזכות לחופש הדת כביטויים של הזכות לתרבות. כל השופטים הניחו אפוא, בצדק, כי הזכות לחינוך דתי, או הזכות לחופש הדת, עשויות לכלול את זכותם של חברי קהילה מסוימת להקים ולהפעיל בית ספר המייצג ומשקף את אורח החיים של תרבותם.<sup>48</sup> העובדה ששלושת השופטים הבינו את הזכות לחינוך דתי והזכות לחופש הדת כביטוי של הזכות לתרבות ניכרת גם באזכורים הרבים של ספרות אקדמית בנוגע לזכויות של מיעוטים תרבותיים במדינות רבות.<sup>49</sup>

שלושת השופטים ביססו את פסק דינם על הזכות לשוויון על מנת להצדיק את החלטתם לבטל את ההפרדה בין תלמידות אשכנזיות לתלמידות מזרחיות. הזכות לתרבות, כך טענו השופטים, צריכה להיות מאוזנת עם הזכות לשוויון של התלמידות המזרחיות, אשר הופרדו מן הבנות האשכנזיות או נאלצו להתפלל על פי הנוסח האשכנזי.<sup>50</sup> השופטים פסקו כי מכיוון שבית הספר "בנות יעקב" מנצל, תחת מעטה של הבדל דתי, את הזכות לחינוך דתי כדי להעמיק את האפליה בחברה הישראלית על ידי הפרדת מגזרים שונים של האוכלוסייה על רקע עדתי, הזכות לשוויון גוברת וההפרדה בין תלמידות מזרחיות לאשכנזיות צריכה להתבטל.

46 Yifat Bitton, *Finally, Our Own Brown!* (?), 45 *ISR. L. REV.* 267, 268 (2012)

47 פרשת עמנואל, לעיל ה"ש 6, פס' 6 לפסק דינו של השופט מלצר.

48 שם, בפס' 13–15 ו-20 לפסק דינו של השופט לוי, פסק דינה של השופטת ארבל ופס' 6 לפסק דינו של השופט מלצר.

49 ראו שם, במיוחד את פסק דינו של השופט מלצר.

50 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט לוי, פס' 2–3 לפסק דינו של השופט מלצר.

הגם שאני מסכימה עם תוצאת פסק הדין במקרה זה, סבורתני כי דרך הניתוח המשפטי של השופטים, המאזנת את הזכות לתרבות עם הזכות לשוויון, אינה מדויקת. דרך ניתוח זו היא אותה "גישה דומיננטית" או "גישה שיפוטית" שבאו לידי ביטוי בבג"ץ הבוררת.<sup>51</sup> הבה נתבונן שוב בפרשת עמנואל. להשקפתי, התלמידות המזרחיות בבית הספר "בנות יעקב" והוריהן מהווים קבוצת מיעוט בתוך קבוצת מיעוט של יהודים חרדים בישראל. אף על פי שהם אינם מהווים רוב במונחים מספריים, חרדים אשכנזים הם בכירור חברי הרוב בקרב המיעוט היהודי החרדי בישראל. הדבר בולט בשל העובדה שהמסלול החסידי, היוקרתי יותר, אכף תפילה בנוסח אשכנזי, ובשל העובדה שרוב הבנות במסלול זה אשכנזיות. במילים אחרות, העובדה שהמסלול החסידי, המזוהה עם חרדים אשכנזים, הוא המסלול הנחשק על ידי רוב חברי הקהילה החרדית – אשכנזים ומזרחים – היא אינדיקציה לכך שיהודים אשכנזים נתפסים כבעלי סטטוס גבוה יותר בתוך הקהילה החרדית, ובכך מהווים את הרוב הדומיננטי בקרב המיעוט החרדי במקרה זה.<sup>52</sup> טענתי שחרדים אשכנזים מהווים את קבוצת הרוב בתוך קבוצת המיעוט החרדית, ושחרדים מזרחים מהווים את קבוצת המיעוט בתוך המיעוט, עולה בקנה אחד עם העובדה שיהודים אשכנזים נחשבים לקבוצת רוב דומיננטית ויוקרתיית גם באוכלוסייה הישראלית הלא-חרדית, בעוד יהודים מזרחים נחשבים לאחת הקבוצות המופלות והמוחלשות בישראל.<sup>53</sup>

בהנחה שהחרדים המזרחים מהווים מיעוט בתוך מיעוט, זכותם להיות חלק מהמסלול החסידי אינה צריכה להיתפס רק במושגים של זכותם לשוויון, אלא גם במושגים של זכותם לתרבות – אותה תרבות שהם חולקים עם חרדים אשכנזים.<sup>54</sup> החרדים המזרחים במקרה זה ביקשו לשנות את הנורמות והערכים בתרבות המיעוט החרדית, כך שתכלול ותשקף לא רק את האשכנזים, אלא גם את המזרחים. אם הזכות לתרבות נתפסת כזכות המגנה על טוב השתתפותי,

51 להרחבה בגישות אלה ראו לעיל ה"ש 30.

52 במקרה הספציפי של פרשת עמנואל, העובדה שהתלמידות המזרחיות מהוות קבוצת מיעוט בתוך מיעוט באה לידי ביטוי בכך שרובן באו מבתיים של חוזרים בתשובה, שמתקבלים בחשדנות על ידי קבוצת המיעוט החרדית (אביעד הכהן "נישט פון אונזערע" (לא משלנו): אפליה עדתית בחברה החרדית וייצוגן של קבוצות אוכלוסייה מוחלשות מקרבה" מעשי משפט ג 123, 126, 133–134 (2010)). העובדה שתלמידות מזרחיות מופלות גם בבתי ספר חרדיים אחרים (לטם פריי-חזן החינוך החרדי בישראל: בין משפט תרבות ופוליטיקה 195–198 (2013)) היא אינדיקציה נוספת לכך שהן מהוות מיעוט בתוך מיעוט.

53 Bitton, לעיל ה"ש 46, בעמ' 270–273.

54 לכאורה, ניתן לטעון כי החרדים המזרחים אינם חולקים תרבות משותפת עם החרדים האשכנזים, וכי שתי הקבוצות שונות זו מזו בתרבותן עד כדי כך שמדובר למעשה בתרבויות נפרדות. טענה זו אינה חזקה בעיניי. העובדה ששתי הקבוצות נכללות תחת הקטגוריה של "חרדים" ועונות להגדרות שונות שהוצעו בספרות לקטגוריה זו (ראו פריי-חזן, לעיל ה"ש 52, בעמ' 133–139), והעובדה ששתי הקבוצות ככל זאת חולקות את אותו בית ספר בעמנואל, הן לדעתי אינדיקציה לכך שאין מדובר בקבוצות שתרבותן שונה זו מזו באופן שמחייב לראות בהן שתי קבוצות.

הנוצר על ידי כל חברי המיעוט הנהנים ממנו במשותף, הרי שמסגרת ליברלית של זכויות אדם מחייבת אותנו לכך שלכל חברי המיעוט תהיה הזדמנות שווה ביצירת הנורמות, הערכים והמנהגים שאותם הם חולקים. העותרים מבקשים הזדמנות שווה להשפיע על הנורמות בתרבות שלהם, ולכן אין להבין את בקשתם כמנוגדת לזכות לתרבות של החרדים וככזו שצריכה להיות מאוזנת עמה. במילים אחרות, הזכות לתרבות מגנה על העותרים בדיוק כפי שהיא מגנה על המשיבים. הזכות לתרבות אינה צריכה אפוא להיות מאוזנת עם זכות העותרים לשוויון, משום שתרבות המיעוט, שהזכות לתרבות מגנה עליה, שייכת לעותרים בדיוק כפי שהיא שייכת למשיבים.

ניתוח משפטי זה, הממשיג את טענותיהם של מיעוטים בתוך מיעוטים במונחי הזכות לתרבות, נכון לדעתי לא רק לעניין הבוררת ולפרשת עמנואל, אלא גם למקרים משפטיים אחרים בישראל, שבהם ביקשו מיעוטים בתוך מיעוטים לאתגר או לשנות את הפרקטיקות הדומיננטיות בקרב קבוצת המיעוט שאתה הן מזוהות. לא אוכל להתייחס אל מקרים אלה בפירוט במסגרתו של מאמר זה. ואולם, אבקש להזכיר אחד מהם בקצרה, על מנת לחזק את חשיבות הדיון המושגי על זכותם לתרבות של חברי המיעוט בתוך המיעוט. המקרה נוגע ל"נשות הכותל", אשר ביקשו, ועודן מבקשות, להתפלל ברחבת הכותל בקבוצה, בקול רם, כשהן עטופות בטליתות.<sup>55</sup> נשות הכותל דורשות את זכותן להתפלל ברחבת הכותל בדרך ששמורה בדרך כלל רק לגברים יהודים. חלקן לא ביקש לחדול מלהיות יהודיות דתיות אורתודוקסיות או לעזוב את הדת היהודית האורתודוקסית. בקשתן היא לשנות את הפרקטיקה היהודית האורתודוקסית הדומיננטית בעניין תפילה בכותל, הנותנת עדיפות ברורה לגברים, כך שתביא לידי ביטוי גם את קולן של נשים יהודיות דתיות המבקשות להתפלל בכותל בדרך. יש להבין את תביעתן כתביעה להשתתפות בהגדרת התרבות והזהות היהודית הדתית. הן אינן רוצות להתנתק מהתרבות היהודית האורתודוקסית, אלא להשפיע בדרך שלהן על פרקטיקה דומיננטית בתרבות זו.<sup>56</sup> בדומה לבג"ץ הבוררת, שם ביקשה העותרת לחדול מהמנהג של הדרת נשים בכל הקשור להליך הבוררות בבית הדין השרעי, מבקשות נשות הכותל לחדול מהמנהג של הדרת נשים ממנהגי התפילה בכותל.<sup>57</sup> כמו בבג"ץ הבוררת, גם עניינן של נשות הכותל הנו מאבק פנימי בתוך קבוצת מיעוט דתית.<sup>58</sup> כפי שבבג"ץ הבוררת העותרת קראה תיגר על ההגמוניה של קבוצת הרוב בתוך המיעוט על פרשנותה של תרבות המיעוט המוסלמית

55 פרשת נשות הכותל, לעיל ה"ש 7.

56 פרנסס רדאי "תביעה לשוויון בהגדרת הזהות הדתית: מקרה נשות הכותל – סאגה בבית המשפט העליון" המשפט יג 401, 402–403 (2008).

57 שם, בעמ' 405–408.

58 להסברים דומים המציגים את מאבקן של נשות הכותל כמאבק פנימי של קבוצת מיעוט דתית ראו שם, בעמ' 409–410.

בענייני בורות בבית הדין השרעי, כך גם נשות הכותל קראו תיגר על ההגמוניה של קבוצת הרוב בתוך המיעוט על פרשנותה של תרבות המיעוט היהודית הדתית האורתודוקסית.<sup>59</sup>

### ה. האיזון הנדרש בין הזכות לתרבות של הרוב בתוך המיעוט ובין הזכות לתרבות של המיעוט בתוך המיעוט

כפי שהסברתי בפרק ד לעיל, במקרים הדומים במאפייניהם לבג"ץ הבוררת עלינו להימנע מלשקול את טענתה של קבוצת המיעוט בתוך המיעוט כטענה חיצונית לזכות לתרבות. במקרים כאלה, כאשר המיעוט בתוך המיעוט מעלה טענות בנוגע לרצון לשנות נורמות ופרקטיקות דומיננטיות בתרבות המיעוט או להשפיע עליהן, אין להבין טענות אלה כמונחים של הזכות של המיעוט בתוך המיעוט לשוויון מול הזכות לתרבות של קבוצת הרוב בתוך המיעוט. יש להבין כטענות בנוגע לזכות של המיעוט בתוך המיעוט לתרבות – זו שהם חולקים עם קבוצת הרוב בתוך המיעוט.

בשלב זה עולה השאלה כיצד עלינו להכריע בטענה של קבוצת המיעוט בתוך המיעוט אל מול הטענה של קבוצת הרוב בתוך המיעוט, כאשר שתי הטענות מובאות בשם הזכות לתרבות? כאשר יש בתוך קבוצת מיעוט תרבותית שתי תת-קבוצות החלוקות ביניהן ביחס לתוכן המשותף הרצוי של הערכים והמנהגים של תרבות המיעוט, כל תת-קבוצה נותנת משמעות שונה לטוב ההשתתפותי שבבסיס הזכות לתרבות. בדרך כלל, במקרים של מיעוטים בתוך מיעוטים, כגון בג"ץ הבוררת ופרשיות עמנואל ונשות הכותל, המיעוט בתוך מיעוט רוצה לשנות את הנורמות המקובלות בתרבות המיעוט, ואילו הרוב בתוך המיעוט מבקש לשמר אותן ולהדיר חברי מיעוט שמתנגדים להן או מבקשים לשנותן. במקרים כאלה עלינו לגזור מהזכות לתרבות, שמגנה על כל חברי קבוצת המיעוט, שתי זכויות שונות: הראשונה היא זכותו של המיעוט בתוך המיעוט לשנות ולעצב את הנורמות התרבותיות של קבוצת המיעוט; השנייה היא זכותו של הרוב בתוך המיעוט להדיר או להוציא מתוך קבוצת המיעוט חברים שמתנגדים

59 בשני המקרים גם מדובר בקריאת תיגר על הגמוניה דתית פרטריארכלית (שם, בעמ' 405). לכאורה יש הבדל מרכזי בין מאבקה של העותרת בבג"ץ הבוררת (לעיל ה"ש 4) לבין מאבקן של נשות הכותל. בעוד מאבקן של נשות הכותל הוא מאבק אלים המתנהל במרחב הציבורי של הכותל המערבי בירושלים, מאבקה של העותרת בבג"ץ הבוררת מתנהל בין כתליו של בית הדין השרעי. ואולם, ייתכן מאוד כי העובדה שמאבקן של נשות הכותל התנהל במקום ציבורי היא שגרמה לקבוצת הרוב בתוך המיעוט להגיב להן ביד קשה. כפי שמציינת פרנסיס רדאי, נראה שהתגובה של חברי קבוצת הרוב בתוך המיעוט למאבקן של נשות הכותל הייתה רדיקלית ואלימה במיוחד כדי להפגין את עליונות הגברים בדת היהודית האורתודוקסית ולהדגיש שהיא נוכחת גם במרחב הציבורי ואינה מוגבלת רק למרחב הפרטי של המשפחה ושל בתי הכנסת (רדאי, שם, בעמ' 411).

לנורמות התרבותיות שהרוב בתוך המיעוט מעוניין לשמר, או מבקשים לשנות את הנורמות הללו.

כאשר קבוצת הרוב בתוך המיעוט מסרבת לחלוק טוב או טובים מסוימים עם חברי המיעוט בתוך המיעוט, אף על פי שאותם טובים יוצרו במשותף על ידי כל חברי קבוצת המיעוט, היא טוענת למעשה לזכותה להדיר. הדרה יכולה לבוא לידי ביטוי בכמה צורות. אציג שלוש מהן. בצורה הראשונה, חברי הרוב בתוך המיעוט שוללים מחברי המיעוט בתוך המיעוט את האפשרות להיות חברים באחד מהמוסדות התרבותיים שאתם מזוהה קבוצת המיעוט. דוגמה טובה לצורת ההדרה הראשונה נדונה בפרשת שקדיאל,<sup>60</sup> שעסקה באישה יהודייה דתייה (אורתודוקסית) שנבחרה להיות חברה במועצה הדתית של העיר ירוחם, אך שר הדתות ביטל את בחירתה בתואנה שנשים אינן יכולות לכהן בתפקיד זה. הרב של ירוחם ומועצת הרבנות הראשית בישראל טענו גם הם כי אישה אינה יכולה להיות חברה במועצה דתית, שכן הדין היהודי אוסר על כך.

בצורת ההדרה השנייה, חברי הרוב בתוך המיעוט מגבילים או מצמצמים באופן ניכר את האפשרות של חברי קבוצת המיעוט בתוך המיעוט ליהנות מטובים תרבותיים המזוהים עם קבוצת המיעוט ולהשפיע על תוכנם. פרשת עמנואל היא דוגמה מצוינת לצורה השנייה, מכיוון שהתלמידות המזרחיות בבית הספר "בנות יעקב" הן קבוצת מיעוט בתוך קבוצת מיעוט, וקבוצת הרוב האשכנזית בתוך המיעוט הגבילה את אפשרותן ליהנות מהטוב התרבותי היוקרתי של חינוך חרדי לפי הזרם החסידי. קבוצת הרוב האשכנזית גם חסמה את האפשרות של המיעוט המזרחי בתוך המיעוט החרדי להשפיע על תוכני הלימוד וסגנון התפילות בזרם היוקרתי של החינוך החסידי.

בג"ץ הבוררת הוא דוגמה מצוינת נוספת לצורת הדרה מהסוג השני. כאשר בית הדין השרעי סירב לקבל אישה כבוררת לצורך הליך גירושין או להכיר בה ככזו, הוא חסם בפני המיעוט הנשי בתוך המיעוט המוסלמי את האפשרות להשתתף ולקחת חלק אקטיבי בעיצובן של הנורמות הדתיות בבית הדין השרעי, שהוא מוסד מרכזי בתרבות המיעוט המוסלמית. כך גם נחסמה אפשרותן של נשים מוסלמיות להשפיע על פרשנות ויישום של ההלכה המוסלמית המרכזית לזהותן של המיעוט המוסלמי.

בצורת ההדרה השלישית, חברי הרוב בתוך המיעוט מנהיגים נורמות מפלות הפוגעות באוטונומיה של חברי המיעוט בתוך המיעוט ליהנות מטובים המיועדים לכלל החברה שבה הם חיים. פרשת רגן,<sup>61</sup> העוסקת בהפרדה בין נשים לגברים בתחבורה הציבורית, היא דוגמה טובה לצורת ההדרה השלישית. בפרשת רגן התנגדו העותרים לקיומם של קווי אוטובוס, שנקראו גם "קווי מהדרין", שבהם נדרשו נשים לעלות לאוטובוס מהדלת האחורית ולשבת רק בחלקו

60 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1987).

61 בג"ץ 746/07 רגן נ' משרד התחבורה (פורסם בנבו, 5.1.2011).

האחורי, בעוד גברים נדרשו לעלות בדלת הקדמית ולשבת רק בחלק הקדמי של האוטובוס.<sup>62</sup> פרשת קוליאן,<sup>63</sup> העוסקת באי-השוויון המובנה במפלגות חרדיות, שאינן מאפשרות לנשים להימנות עם חברותיהן, היא דוגמה טובה נוספת לצורת ההדרה השלישית. העותרת בפרשת קוליאן ביקשה להיבחר למועצת עיריית פתח תקווה, אך פנייתה להיכלל ברשימת מפלגת ש"ס סורבה. בעקבות זאת דרשה העותרת לשלול מימון של מפלגות שמונעות מנשים להיבחר לרשימות מועמדיהן לכנסת ולרשויות המקומיות, זאת לנוכח הפגיעה שלהן בזכותן של נשים להיבחר ובזכותן לשוויון. המפלגות החרדיות, לעומת זאת, טענו כי היעדר נשים ברשימותיהן נובע מגדרי ההלכה.<sup>64</sup>

השאלה היא איך לאזן במקרים כגון עמנואל, הבוררת, רגן ושקדיאל את זכותו של הרוב בתוך המיעוט להדיר את המיעוט בתוך המיעוט עם הזכות של המיעוט בתוך המיעוט לשנות את תרבות המיעוט? אבקש להציע כמה קווים מנחים שיש לשקול, לדעתי, במסגרת איזון זה. קווים אלה אמורים לסייע להעריך את משקלה של זכות הרוב בתוך המיעוט להדיר את המיעוט בתוך המיעוט.

בדומה לחוקרים אחרים בתחום, גם אני סבורה כי המשימה המרכזית בהקשר זה היא בחינת כנותה של הטענה שמעלה קבוצת הרוב בתוך המיעוט בנוגע לזכותה להדיר את המיעוט בתוך המיעוט.<sup>65</sup> התביעה להדיר את המיעוט בתוך המיעוט בדרך כלל מוצדקת בשם ערכים ונורמות שהם לכאורה מרכזיים לתרבות המיעוט. בתי משפט ומקבלי החלטות אחרים אינם צריכים להבין טענות כאלה כפשוטן, כי פעמים רבות הן אינן נכונות. על בתי משפט ומקבלי החלטות מוטלת החובה לחקור אם פרקטיקות שנויות במחלוקת של הדרת מיעוטים בתוך מיעוטים מצד הרוב בתוך המיעוט הן באמת מרכזיות ומכריעות לזהות התרבותית של תרבות המיעוט הרלוונטית.

אציע כמה אינדיקציות שלדעתי יש לשקול במסגרת בדיקות מסוג זה. אינדיקציות אלה אינן בגדר רשימה סגורה או מספקת לצורך בדיקה אם פרקטיקות שונות של הדרת מיעוטים בתוך מיעוטים באמת מרכזיות לזהות התרבותית של קבוצת מיעוט מסוימת. ראשית, כדאי לחקור ולשאול אם יש בקרב קבוצת המיעוט מנהיגים המתנגדים להדרת מיעוטים בתוך מיעוטים בטענה שהערכים המרכזיים של התרבות אינם צריכים בהכרח להתפרש כמצדיקים הדרה של

62 ריקי שפירא רוזנברג מודרות למהדרין: הפרדה בין נשים לגברים במרחב הציבורי בישראל (המרכז לפלורליזם יהודי והתנועה הרפורמית, 2010).

63 בג"ץ 7717/13 קוליאן נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 2.10.2014).

64 שם, פס' 3-4 לפסק דינו השל השופט סולברג. בג"ץ דחה את העתירה בגלל עקרון הפרדת הרשויות וציין כי זוהי החלטה שנועדה לבית המחוקקים ולא לבית המשפט. בג"ץ ציין את טענתם של היועץ המשפטי לממשלה ושל שר האוצר, שלפיה אין צורך בהתערבות בג"ץ בסוגיה זו לאור התיקון האחרון לחוק מימון הבחירות ברשויות המקומיות, שמעניק תוספת מימון (115% מימון) למפלגות ששליש מביין חברי המועצה שנבחרו מטעמן הן נשים (ראו שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט סולברג וכן ס' 7(א)(3) לחוק הרשויות המקומיות (מימון בחירות), התשנ"ג-1993).

65 Eisenberg, לעיל ה"ש 30, בעמ' 256-262; Ben-Shemesh, לעיל ה"ש 41, בעמ' 304-308.

מיעוטים בתוך מיעוטים.<sup>66</sup> ייתכן, למשל, שקיימת אסכולה אחרת, או דרך פרשנות נוספת, מוכרת וידועה, בקרב קבוצת המיעוט, שאינה מחייבת הדרה של קבוצת המיעוט בתוך המיעוט. אם יש אסכולה כזו, או מנהיגים כאלה, הרי שעובדה זו מחלישה את זכותו של הרוב בתוך המיעוט להדיר את המיעוט בתוך המיעוט.<sup>67</sup> כאשר באותה תרבות נהוגות פרקטיקות מתחרות שאינן מדירות, הטענה שלפיה התרבות בהכרח מחייבת את ההדרה נראית חלשה יותר. אינדיקציה כזו ניתן למצוא בבג"ץ הבוררת. בפסק הדין מצוין במפורש כי האסכולה החנאפית, שלפיה נהגו לפרש את המג'לה, מתירה מינוי של נשים לתפקיד של בוררות מטעם הצדדים בבית הדין השרעי.<sup>68</sup> העובדה שבקרב קבוצת המיעוט המוסלמית יש אסכולה מקובלת שאינה מחייבת הדרה של נשים מתפקיד בוררות מחלישה מאוד את טענתו של בית הדין השרעי, שלפיה למרות רצונה המפורש של האישה המתדיינת, לא ניתן למנות אישה שתייצג אותה בתפקיד בוררת. אילו איזן בית המשפט את זכות העותרת לשינוי תרבות המיעוט עם זכותו של הרוב בתוך המיעוט להדיר את המיעוט בתוך המיעוט, הוא היה מגיע למסקנה שזכותה של העותרת גוברת. כך, בית המשפט היה יכול להגיע לאותה תוצאה של חיוב בית הדין השרעי לקבל אישה לתפקיד בוררת מבלי להזכיר ערכים וזכויות הנתפסים כחיצוניים לתרבות המיעוט, כגון הזכות לשוויון. דרך חלופית אחרת היא לקבוע שהתוצאה של קבלת אישה לתפקיד בוררת מתחייבת גם מהזכות לשוויון וגם מהזכות לתרבות. שנית, בית המשפט צריך לשים לב לזמן שבו החל אקט ההדרה של המיעוט בתוך המיעוט. אמנם פרקטיקות עתיקות של הדרת מיעוטים בתוך מיעוטים עשויות להיות מדכאות בדיוק כמו פרקטיקות חדשות; ואולם, פרקטיקה של הדרה חדשה יחסית, שלא נהגה בעבר, תהיה חשודה ככזו המונעת משיקולים פוליטיים של מאבקי כוח בין חברי המיעוט או ממוטיבציות של דיכוי והכפפה של חברי המיעוט בתוך המיעוט, שאינן קשורות בהכרח לערכים תרבותיים. טענות בנוגע להצדקת פרקטיקה כזו בשם ערכים שהם כביכול מרכזיים לתרבות המיעוט תיחשבה כנות פחות מטענות המצדיקות פרקטיקות ישנות יותר של הדרת מיעוטים בתוך מיעוטים. שלישית, בתי המשפט צריכים לבחון את האופן שבו הרוב בתוך המיעוט בוחר להדיר את המיעוט בתוך המיעוט. בפרשת רגן,<sup>69</sup> למשל, נטען כי ההפרדה בין גברים לנשים והדרישה שנשים תשבנה בחלק האחורי של האוטובוס הייתה מוצדקת על ידי נורמות דתיות המחייבות

66 שם, בעמ' 306–350.

67 ראו רימלט, לעיל ה"ש 10, בעמ' 129–130.

68 בג"ץ הבוררת, לעיל ה"ש 4, פס' 6 ו-37 לפסק דינה של השופטת ארבל. ראו גם את מאמרו של אבו רמדאן, שעליו מסתמכת השופטת ארבל: Abou Ramadan, לעיל ה"ש 24. האסכולה החנאפית מתירה גם מינוי של נשים לתפקיד השיפוטי של קאדיות. האסכולה החנאפית בלטה בנימוקיהם של חברי הוועדה לבחירת קאדים שרעים שהחליטה ביום 25.4.2017 למנות בפעם הראשונה אישה (עורכת הדין הנא ח'טיב) לתפקיד קאדית. ראו למשל את דבריו של חבר הכנסת עיסאווי פריג' שהיה מיוזמי המהלך בידיעה שהתפרסמה בעיתון: יאיר אלטמן "לראשונה בארץ: אשה תכהן כקאדית שרעית" ישראל היום 25.4.2017 [www.israelhayom.co.il/article/471225](http://www.israelhayom.co.il/article/471225) לעיל ה"ש 61.



נשים לצניעות ומגבילות את פעולותיהן למרחב הפרטי. גם אם נקבל הסבר זה, ראוי לשאול: מדוע נורמות דתיות אלה מחייבות דווקא את הנשים לשבת בחלק האחורי של האוטובוס? מדוע לא ניתן לבצע הפרדה הפוכה, שבה נשים יושבות בקדמת האוטובוס וגברים יושבים בחלקו האחורי? במילים אחרות, אין הכרח אמתי באופן הספציפי שבו הרוב בתוך המיעוט בחר להדיר את המיעוט בתוך המיעוט. נראה שבעניין רגן ניתן היה להגן על ערכי הצניעות וההפרדה בין נשים לגברים על ידי פרקטיקות אחרות, שאינן חקוקות בזיכרון ההיסטורי כמשפילות במיוחד.<sup>70</sup> העובדה שניתן לחשוב על צורות אחרות להגנה על ערכים תרבותיים או דתיים, כאלה שאינן מחייבות הדרה משפילה של המיעוט בתוך המיעוט, היא אינדיקציה לכך שצורת ההגנה הספציפית שקבוצת הרוב בתוך המיעוט בחרה כדי להגן כביכול על תרבות המיעוט אינה הכרחית. טענה שהזכות של הרוב בתוך המיעוט מחייבת צורת הדרה דווקא מהסוג הזה תיראה כנה פחות ותהיה חלשה יותר ביחס לטענת המיעוט בתוך המיעוט לזכות לשנות את תרבות המיעוט ולהשפיע עליה.

## 1. סיכום

דיני המשפחה בישראל, הנותנים כוח וסמכות בלעדית לבתי הדין הדתיים השונים בעניינים של נישואים וגירושים, מעניקים לקבוצות המיעוט השונות זכויות תרבותיות המאפשרות להן לשמור על המאפיינים הדתיים והתרבותיים הייחודיים להן. במאמר זה ביקשתי להבהיר כי הזכות לתרבות היא זכות קבוצתית לא מפני שהיא ניתנת למנהיגי קבוצות מיעוט כדי שאלה יעשו בתרבות כרצונם וייצקו לתוכה תכנים ונורמות התואמים את השקפת עולמם הבלעדית. הזכות לתרבות היא זכות קבוצתית מכיוון שהיא מגנה על טוב השתתפותי שכל חברי המיעוט שותפים ביצירתו ובהנאה ממנו. במילים אחרות, הזכות לתרבות שייכת לכל חברי המיעוט ומגנה על הזכות של כולם לקחת חלק ביצירת תרבות המיעוט, בשינויה ובהתאמתה להשקפותיהם של כל חברי המיעוט.

בעקבות הנחה מושגית זו, ביקשתי להציע כי בתי המשפט יעשו שימוש בזכות לתרבות כשהם נתקלים בתביעות חברי מיעוט חלשים יותר בתוך קבוצת המיעוט, המהווים קבוצת

70 מכאן טענתם של הראל ושנרך שההפרדה בין נשים לגברים כשלעצמה אינה משפילה, אולם לדרך שבו היא מיושמת במציאות, כאשר הגברים יושבים בקדמת האוטובוס והנשים מאחור, יש סממנים משפילים כלפי נשים (אלון הראל ואהרון שנרך "ההפרדה בין המינים בתחבורה הציבורית" עלי משפט ג 71, 85 (2003)). לעמדה נגדית, שלפיה אין להתיר כלל הפרדה בין גברים לנשים בתחבורה ציבורית, גם כשהיא אינה כרוכה בהשפלה ראו אמנון רובינשטיין "החופש להסכים: כשאת אומרת כן למה את מתכוונת" הפרקליט נג 3, 9-10 (2013). עמדה דומה לעמדתו של רובינשטיין מביעות ביטון ותירוש, המתנגדות לכל צורה של הפרדה בין גברים לנשים מחשש להשרשת נורמות של מסגרות נפרדות בכל תחומי החיים בישראל. ראו יפעת ביטון ויופי תירוש "אסור להיכנע להפרדה" הארץ 20.3.2013 1971536 1.1971536 20.3.2013 [www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.1971536](http://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.1971536)

מיעוט בתוך מיעוט. במקרים שבהם המיעוט בתוך המיעוט מבקש לשנות או לאתגר פרקטיקות תרבותיות דומיננטיות בקרב קבוצת המיעוט, יש להמשיג את תביעתו במסגרת הזכות לשנות ולעצב את תרבות המיעוט. כאשר הרוב בתוך המיעוט מסרב ומגיב לבקשה לשינוי על ידי הדרה של המיעוט בתוך המיעוט, יש להבין את טענתו במסגרת הזכות להדיר או להוציא מתוך קבוצת המיעוט חברים שמתנגדים לנורמות התרבותיות שהרוב בתוך המיעוט מעוניין לשמר, או מבקשים לשנות נורמות אלה.

פעמים רבות טוענים חברי הרוב בתוך המיעוט שדאגה לשלמותה ולהישרדותה של תרבות המיעוט היא שמניעה את סירובם לאפשר את שינוי הנורמות שהמיעוט בתוך המיעוט מבקש. רצוי שבתי המשפט יבחנו טענות כאלה בקפידה, על מנת לוודא שטענות הרוב בתוך המיעוט הן טענות כנות וכי לא עומדת בבסיסן מוטיבציה פוליטית או כוחנית שאין לה קשר הכרחי להגנה על תרבות המיעוט. בפרק האחרון של המאמר הצעתי שלושה פרמטרים לבחינת כנות טענתו של הרוב בתוך המיעוט.

## יש שופטים בירושלים והיו מחוקקים באסתנבול: על ההיסטוריה של החוק הקרוי (בטעות) "חוק המשפחה העותמאני"

מאת

איריס אגמון\*

מאמר זה נכתב בעקבות פסיקת בג"ץ בעניין בקשת העותרת למנות מטעמה אישה לבוררת בסכסוך בינה לבין בעלה. הדיונים בתיק נדרשו לרציפות המשפטית של הפסיקה עם "חוק המשפחה העותמאני" מ-1917. המאמר פונה אל עברו של החוק ונסיבות חקיקתו וטוען כי הן תפיסת הרציפות המשפטית, שבשמה דחו שתי ערכאות בתי הדין השרעיים את בקשת העותרת, והן הבניית הרציפות ההיסטורית המיוחסת לחוק זה – שתיהן שגויות. המאמר עומד על חשיבותו המתודולוגית של ההקשר ההיסטורי לניתוח חוק המשפחה ותיקון הידע על אודותיו. חוק המשפחה העותמאני היה חוליה חיונית בשרשרת הרפורמות המשפטיות העותמאניות במאה התשע עשרה, שחתרו לעצב מערכת משפט ריכוזית וטריטוריאלית. קודיפיקציית דיני המשפחה נועדה להשלים את האחדת מערכת השיפוט, להחילה על כלל אזרחי האימפריה ולחזק את שליטת המדינה בעיצובם של דפוסי המשפחה בהתאם לחזון המודרניות העותמאנית. הבריטים הפכו מגמה זו כשהחילו את חוק המשפחה על מוסלמים בלבד, בניגוד לטענתם שבכך הם המשיכו מסורת עותמאנית. ניתוח סעיפי הבוררות בסכסוכי נישואין בחוק המשפחה העותמאני, שעמדו במקד

\* ד"ר איריס אגמון, היסטוריונית המתמחה בהיסטוריה סוציו-לגאלית של האימפריה העותמאנית, אוניברסיטת בן-גוריון בנגב. מחקרה מתמקדים בבתי הדין השרעיים העותמאניים וברפורמות המשפטיות באימפריה העותמאנית במאה התשע עשרה. מאמר זה הוא פרסום ראשון של כמה ממצאים ממחקרה הנוכחי על קוד המשפחה שנחקק באסתנבול באוקטובר 1917 והיה לקודיפיקציה הראשונה בהיסטוריה של דיני משפחה שרעיים והאחרונה במפעל הקודיפיקציה הגדול של האימפריה העותמאנית במאה התשע עשרה. המחברת מבקשת להודות לקרן הלאומית למדע (ISF) על תמיכתה בחלקו הראשון של המחקר, שהוביל לכתיבתו של מאמר זה, ול-Gerda Henkel Stiftung על התמיכה במחקר ההמשך. כמו כן מודה המחברת לשופטי המאמר ולחברי מערכת משפחה במשפט על הערותיהם המועילות.

פסיקת בג"ץ, משמש במאמר לביסוס הטענה שהחוק במקורו נועד להקנות למדינה כלים לעיצוב מחדש של דפוסי המשפחה.

**א. מבוא**

**ב. ממודרניות עות'מאנית לקולוניאליזם בריטי**

1. הרפורמות העות'מאניות, נשים ומשפחה
2. שמו של הקוד
3. מ"קוד המשפחה" (1917) ל"חוק המשפחה המוסלמי" (1919)

**ג. מועצת הבוררות המשפחתית בסכסוכי נישואין והקשר ההיסטורי של קוד המשפחה**

1. הבוררות ובית הדין השרעי
2. קודיפיקציה וצמצום הפלורליזם המשפטי
3. שלום בית והבניית המשפחה

**ד. סיכום**

**א. מבוא**

בית המשפט הגבוה לצדק פסק ב-27 ביוני 2013 שיש לקבל את עתירתה של אישה מטייבה וחייב את בית הדין השרעי לערעורים ואת בית הדין השרעי המחוזי בטייבה להרשות לה למנות מטעמה אישה כבוררת בסכסוך בינה ובין בעלה בנוגע להליכי הגירושין שלהם.<sup>1</sup> בית הדין השרעי בטייבה, שבו נדון הסכסוך, דחה תחילה את בקשת האישה בטענה שהיא מנוגדת למקורות ההלכה שעל פיהם עוצבו סעיפי הבוררות בחוק ושמהם משתמע כי רק גבר רשאי לשמש בורר. האישה ערערה על ההחלטה בפני בית הדין השרעי לערעורים בירושלים, וזה צידד בהחלטת בית הדין בטייבה ודחה את הערעור, דחייה שהובילה את האישה לעתור לבג"ץ, אשר פסק לטובתה. פסק דין חשוב זה של בג"ץ, שנכתב על ידי השופטת עדנה ארבל ואושר על ידי שני השופטים האחרים בהרכב, מרים נאור ונועם סולברג, הוא מסמך מרתק מכמה בחינות. במאמר זה אתמקד ברובד ההיסטורי שלו ושל החוק שהוא מתייחס אליו: החוק הנוהג בבתי הדין השרעיים בישראל, המכונה בספר החוקים "חוק המשפחה העות'מאני", ובספרות המחקר הוא מכונה לעיתים כך ולעיתים "חוק זכויות המשפחה העות'מאני" (באנגלית: Ottoman Law of Family Rights, OLFRR). הצדדים בדיון המשפטי בכל הערכאות נדרשו לא מעט להיסטוריה של החוק, למשמעויות חקיקתו ולגלגוליו במערכות המשפט המנדטורית והישראלית, ושופטי בג"ץ התייחסו לסוגיות אלה בהצגת השיקולים שהנחו אותם בגיבוש החלטתם אם לקבל את העתירה או לדחותה.

1 בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 27.6.2013) (להלן: בג"ץ הבוררת).

הדיון במאמר זה יוקדש להקשר ההיסטורי של "קוד המשפחה" (השם שבו אני מכנה את החוק המקורי; בהמשך המאמר אסביר את הסיבה לכך), הלוא הוא הקוד שהממשלה העות'מאנית חוקקה ב-25 באוקטובר, 1917 כחוק מדינה כול-עות'מאני בנושאי נישואין וגירושים. חוק זה עבר כמה גלגולים: הבריטים הכניסו בו שינויים מהותיים ב-1919, כינו אותו "חוק המשפחה המוסלמי" והכריזו עליו כחוק הנוהג בבתי הדין השרעיים וחל על מוסלמים בלבד באזורים שנכבשו על ידי הצבא הבריטי ב-1917-1918 (אזורים שהפכו ב-1922 לשתי מושבות מנדט בריטיות, פלשתינה-א"י ועבר-הירדן). מדינת ישראל ירשה את החוק ממערכת המשפט המנדטורית והותירה אותו על כנו בשם "חוק המשפחה העות'מאני", והוא מהווה עד היום בסיס לפסיקת בתי הדין השרעיים בסוגיות המעמד האישי של המוסלמים בישראל. אחזור להלן לדון בשמו של החוק העות'מאני המקורי כסוגיה היסטורית ראשונה שמאירת את מסגרת הדיון כולו, קרי ההיסטוריה של החוק, אך בטרם אעשה זאת אציג את מטרות המאמר ואת הטיעון העיקרי שיעצב אותו ואת מבנהו.

יחסי הגומלין בין היסטוריה למשפט כתחומים של יצירת ידע הם יחסים מורכבים המעוררים שאלות פילוסופיות ומתודולוגיות לא מעטות. שאלות אלו עלו בעבר ועולות מדי פעם מחדש בדיונים על היסטוריה, היסטוריוגרפיה והיסטוריוסופיה.<sup>2</sup> במסגרת עקרון הרציפות המשפטית רווח בפרקטיקה המשפטית העיסוק במוצאם של חוקים, נורמות, נהלים ופרוצדורות, בשינויים שהם עברו לאורך זמן ובמשמעויותיהם, כחלק מהבסיס לגיבוש טיעונים ופסיקות. יתר על כן, לעיתים מובאות להכרעת בית המשפט סוגיות שבמהותן הן סוגיות היסטוריות, או כאלה שההכרעה בהן תלויה כולה בפרשנות היסטורית של חוקים. מצבים אלה מעוררים, או למצער, אמורים לעורר את השאלה העקרונית אם הזירה המשפטית מתאימה בכלל לדיונים והכרעות בסוגיות כאלה, ואם כן – אילו כלים וידע דרושים לשם כך, פרט להסתמכות המקובלת של בית המשפט על חוות דעת מומחים.<sup>3</sup> בשאלה זו לא אעסוק כאן

2 לדיון היסטוריוסופי והפניות למחקרים נוספים בנושא ראו אלעזר וינריב היסטוריה – מיתוס או מציאות? מחשבות על מצב המקצוע 52-74 (2003). ההיסטוריון הנודע קרלו גינצבורג, שהתמחה בחקר רשומות האינקוויזיציה באיטליה של העת החדשה המוקדמת, הקדיש מסה מעניינת להשוואה בין מלאכת ההיסטוריון לזו של השופט, בעקבות משפט רצח מתוקשר וממושך שהוא עקב אחריו מקרוב: CARLO GINZBURG, THE JUDGE AND THE HISTORIAN: MARGINAL NOTES ON A LATE-TWENTIETH-CENTURY MISCARRIAGE OF JUSTICE (1999).

3 למשל ת"א (מחוזי ב"ש) 7161/06 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.3.2012). הדיונים הממושכים בתיק והפסיקה בו נדרשו לחוק הקרקעות העות'מאני (1858) (Ottoman Land Code), על תיקוניו השונים והשינויים שנעשו בו בתקופת המנדט. ראו אורן יפתחאל, סנדי קדר ואחמד אמארה "עיון מחודש בהלכת 'הנגב המת': זכויות קניין במרחב הברדווי" משפט וממשל יד 7 (2012). חוקרי ההיסטוריה העות'מאנית עצמם, בהם כאלה המתמחים בסוגיה הסבוכה של המשטר הקרקעי באימפריה העות'מאנית ושינויי החקיקה ביחס אליה במאה התשע עשרה, חלוקים ביחס למשמעויותיו של חוק זה וההשלכות של יישומו לאורך זמן על אוכלוסיות שונות ובמקומות שונים. את החלטת בית המשפט בתיק זה אפשר לאפיין כפסיקה משפטית היוצרת

בפירוט, משני טעמים: האחד – פסיקת בג"ץ העומדת ברקע הדיון כאן אינה שייכת לסוג המקרים האחרון, זה שבו הפסיקה מבוססת על הכרעה בסוגיה היסטורית, אלא לסוג הראשון, שבו סקירה היסטורית על החוק במסגרת עקרון רציפות המשפט מבהירה את הרקע ההיסטורי של החוק, אך אינה מעמידה את השאלה שבמחלוקת להכרעה במונחים היסטוריים אלה. הטעם האחר הוא שלזכותה של השופטת עדנה ארבל ייאמר שהיא כללה בפסק הדין סקירה מיוחדת למדי של ההיבטים ההיסטוריים של החוק, בהסבירה בדרך זו את החלטתה להשאיר את תולדות החוק מחוץ לשיקולי הפסיקה ולבחור בחוק הישראלי כמסגרת להכרעה בעתירה. בכל זאת, העליתי כאן את שאלת היחסים המורכבים בין היסטוריה למשפט משום שאני מבקשת למקם את הדיון שאערוך במאמר זה בתוך ההקשר הרחב של יחסים אלה. המאמר אמנם מוגבל רק לסוגיות בודדות הנוגעות לקוד המשפחה והקשרו היסטורי, אולם דיון מצומצם זה נשען על מחקר היסטורי רחב יותר, השואב את השראתו משאלות עומק היסטוריות אלה ומבקש לתרום להארתן.<sup>4</sup>

מטרת הדיון היא להציג את הממדים ההיסטוריים של כמה מהסוגיות שבהן עסקה פסיקת בג"ץ ולהדגיש אגב כך את חשיבות הצבתן בתוך הקשר היסטורי מתאים. ההקשר ההיסטורי נתפס לעיתים כעניין טריוויאלי וכמעט טכני, מעין תפאורה, רקע או קישוט. חוקרים לא תמיד נותנים את דעתם לשאלה מדוע וכיצד הם בוחרים לדון בתולדותיו של חוק (או כל עניין אחר, לצורך זה) במסגרת הקשר היסטורי מסוים ולא אחר, כאילו אין זו בחירה אלא אפשרות יחידה ומובנת מאליה, או לחלופין, כאילו ההקשר ההיסטורי חיצוני לניתוח. ולא היא. ההקשר שבו היסטוריונים בוחרים, במודע או כלאחר יד, להציב את סוגיית הדיון שלהם הוא חלק ממנה, כמו גם מהניתוח והפרשנות שהם מגבשים. עצם הבחירה למקם את הדיון בהקשר היסטורי מסוים מחייבת אפוא הנמקה, ושזירת הניתוח ההיסטורי לתוך הקשר זה דורשת מההיסטוריונית ערנות מתמדת, שהרי אלה הם עניינים שקל מאוד להיכשל בהם.

הכרעה אנכרוניסטית בסוגיה היסטורית. פרט לבעייתיות של שימוש בלתי מודע בעקרון הרציפות המשפטית בפסיקה בעלת השלכות כה משמעותיות בסוגיה הנוטעה כולה בהווה העכשווית, יש מקום להצביע על הבדל עקרוני בין מחלוקת משפטית לבין מחלוקת היסטורית. מחלוקת המובאת לבית משפט חייבת להסתיים בהכרעה. זו מטרת ההליך המשפטי. מחלוקת היסטורית לא זו בלבד שאינה חייבת להיות מוכרעת, אלא שמבחינת מקצוע ההיסטוריה מוטב לה שלא תוכרע. לא קיים פורום או הליך אחד מוסכם שבו מוכרעות מחלוקות מסוג זה. הדיון שמחלוקות מעוררות והמשך המחקר על אודותיהן הם שמעשירים את ההיסטוריה כתחום דעת, ולהשגת מטרה זו מכוונת המתודולוגיה ההיסטורית.

4 יודגש כי הדיון על קוד המשפחה במאמר זה מתייחס לחוק העות'מאני המקורי ולעמדות המחוקק העות'מאני וחוגי האליטה השלטת שהוא נמנה עימם בזמנו, לא לגרסאותיו המאוחרות (הבריטית והישראלית) של החוק, או לפסיקה על בסיס גרסאות אלה. אף כי הניתוח מתייחס בעיקרו לטקסט של החוק ולא ליישומו קצר הימים בבתי דין שרעיים עות'מאניים, גישת הניתוח היא סוציו-לגאלית. במסגרת זו, בסוגיות הנוגעות לפרקטיקה של עבודת בתי דין, הניתוח נסמך על ממצאים אמפיריים ממחקרים על בתי דין שרעיים עות'מאניים קודם לחקיקה, או סמוך מייד לאחריה.

הטענה שאטען במאמר זה נוגעת להקשר ההיסטורי של סעיפים 130–131 בקוד המשפחה, הסעיפים שעליהם נסבה העתירה לבג"ץ, ולהקשר של הקודיפיקציה מ-1917 באופן כללי. לפי סעיפים אלה, אם מתגלע סכסוך בין בעל לאשתו ואחד מהם פונה לבית הדין, ימנה השופט שני בוררים מקרב משפחותיהם, בורר אחד מכל משפחה, במטרה ליישב את הסכסוך בין בני הזוג. במקרה שהבוררים ייכשלו ביישוב הסכסוך הם יקבעו על מי מבני הזוג מוטלת האחריות לגירושין, וקביעה זו תשפיע על טיבו של ההסדר הכספי בהסכם הגירושין שבית הדין יפסוק להם. מחקרים היסטוריים על קוד המשפחה מדגישים כי הוא נחקק במטרה לשפר את מעמד הנשים בנישואין ובגירושין על רקע השינויים שחלו במעמדן וזכויותיהן בחברה העות'מאנית במאה התשע עשרה.<sup>5</sup> לכאורה, שני הסעיפים הללו אכן משפרים את כושר המימוש של נשים מול בעליהן באמצעות הבוררות ומגבלות מסוימות שהיא מטילה על זכותו הבלעדית של בעל לגרש חד-צדדית את אשתו. זכות זו הקנתה לבעלים שליטה בנשים גם אם לא מימשו אותה, בעוד לנשים לא עמדה אפשרות דומה לזיום גירושין. הן נזקקו להסכמת הבעל לגרשן, ובתמורה נאלצו לוותר על כל זכויותיהן הממוניות המוקנות להן בגירושין או על חלקן (גירושי ח'לע).<sup>6</sup> אני אטען כאן ביחס להסבר זה על מטרת קוד המשפחה כי אף על פי שהרצון לשפר את

5 ראו למשל J.N.D. ANDERSON, ISLAMIC LAW IN THE MODERN WORLD 26 (1959); MEHMET AKİF AYDIN, İSLÂM-OSMANLI AİLE HUKUKU 158–160 (1985) (להלן: AYDIN, 1985); Mehmet Akif Aydın, *Hukuk-i Aile Kararnamesi: 1917 Tarihli Osmanlı Aile Kanunu*, 18 ROBERT H. EISENMAN, ; (Aydın, 1998) (להלן: AYDIN, 1998) İSLAM ANSİKLOPEDIŚİ 314, 314–315 (1998) ISLAMIC LAW IN PALESTINE AND ISRAEL: A HISTORY OF THE SURVIVAL OF TANZIMAT AND SHARI'A IN THE BRITISH MANDATE AND THE JEWISH STATE 35 (1978); Judith E. Tucker, *Revisiting Reform: Women and the Ottoman Law of Family Rights, 1917*, 4 ARAB STUD. J. 7 (1996) 4. לטענת Tucker, קוד המשפחה לא זו בלבד שלא שיפר את מעמד הנשים ביחס לכללים השרעיים, ובעיקר ביחס לפרקטיקות הפסיקה הקדם-מודרניות בבתי הדין, אלא שבכמה תחומים הוא אף הרע את מצבן (למשל Tucker, שם, בעמ' 10). ככל הידוע לי, בין ההיסטוריונים של האימפריה העות'מאנית, חוקרי המשפט האסלאמי, המשפטנים ואנשי מדעי החברה שכתבו על קוד המשפחה, Tucker היא היחידה אשר יש לה גם היכרות טובה עם המקורות האמפיריים (רשומות בתי הדין השרעיים) והפרקטיקות של יישום דיני המשפחה באימפריה לפני המאה התשע עשרה.

6 ראו דיון קצר בחלוקת העבודה המגדרית שאפיינה את דיני המשפחה השרעיים, אצל איריס אגמון "הרפורמות המשפטיות ובתי הדין השרעיים בסוף התקופה העות'מאנית: כמה הערות על נשים, מגדר ומשפחה" חוקה אחת ומשפט אחד לאיש ולאשה: נשים, זכויות ומשפט בתקופת המנדט 117, 130–132 (אייל כתבן, מרגלית שילה ורות הלפרין קדרי עורכים, 2010). יודגש כי לעצם קיומה של הבוררות ופיקוח בית הדין על התהליך עשויות להיות פנים לכאן או לכאן מבחינת התרומה לחיזוק מעמדה של אישה מול בעלה, בין אם הוא שמעוניין בגירושין והיא לא ובין אם המצב הפוך. ראו דיון מפורט יותר על כך בחלקו השני של המאמר. המחשה מצוינת לכך ניתן לראות בסרט התעודה המרתק מ-1998 "Divorce Iranian Style": בהפקת Ziba Mir Hosseini & Kim Longinotto, [www.youtube.com/watch?v=BBm8GqMNwXU](http://www.youtube.com/watch?v=BBm8GqMNwXU), בסרט מתועד מקרה שבו אישה המעוניינת בגירושין ובעלה המתנגד לכך נשלחים על ידי השופט לבוררות משפחתית.

את מצב הנשים בנישואין אכן היה בין מטרות המחוקק העות'מאני, אין להסתפק בהסבר זה כדי להבין את ההקשר ההיסטורי של הקודיפיקציה ושל שאיפת המחוקקים לתרום לשיפור מעמד הנשים. לשאיפה זו היה הקשר היסטורי רחב יותר, שקשר אותה אל יעדי הרפורמות המשפטיות שהובילה האליטה הפוליטית העות'מאנית במרוצת המאה התשע עשרה ה"ארוכה"<sup>7</sup>. הרפורמות חתרו לחולל שינוי במערכת המשפט האימפריאלית ולעצבה כמערכת מודרנית, יעילה וריכוזית, כחלק משינוי נרחב ברוח זו שהרפורמטורים ערכו במנגנון המדינה כולו. בפרויקט זה השתלבו גם מאמציהם לעצב מחדש את המשפחה ואת יחסיה עם המדינה. את הרצון לשפר את מעמד הנשים במשפחה ולעגן זאת בחקיקה יש לראות כנדבך בסדר היום הזה. דיון בכמה היבטים של סעיפים 130–131 של קוד המשפחה, שאליו אגיע בחלקו השני של המאמר (פרק ג), ישמש לביסוס טענה זו ולהמחשתה. ואולם, על מנת להציב דיון זה בהקשר ההיסטורי שבחרתי, אקדיש את חלקו הראשון של המאמר (פרק ב) לדיון בשלוש סוגיות: הקשר בין יעדי הרפורמות לבין סוגיית מעמדן של נשים במשפחה; משמעות שמו של קוד המשפחה; התהליך שהוביל לקודיפיקציה ב-1917 ולהסבת "קוד המשפחה" על ידי הבריטים ב-1919 ל"חוק המשפחה המוסלמי". על בסיס זה, אנתח לאחר מכן את המאפיינים הסוציו-לגאליים של חידושי קוד המשפחה, ניתוח שיתמקד בשני סעיפי הבוררות בסכסוכי נישואין, לצורך הדגמת הקשר בין חידושים אלה לבין שאיפת המדינה למעורבות במרחב המשפחתי ובעיצובו מחדש.

## ב. ממודרניות עות'מאנית לקולוניאליזם בריטי

### 1. הרפורמות העות'מאניות, נשים ומשפחה

הרפורמטורים העות'מאנים חתרו לעיצובה של האימפריה כמדינה מודרנית, בעלת שלטון ריכוזי הנסמך על מנגנון היררכי יעיל המאפשר לממשלה שליטה ישירה בנתינים. מעמדם של הנתינים הוגדר מחדש במסגרת הרפורמות כאזרחים (1869), במטרה לבטל הבחנות שונות ביניהם ופריבילגיות שניתנו רק לחלקם. בה בעת נועד המעמד האזרחי השווה להחליש את

7 במקור, ה"מאה התשע עשרה הארוכה" הייתה מטבע לשון שטבע ההיסטוריון אריק הובסבאום בהגדירו את עידן המהפכות והלאומיות באירופה כמסגרת זמן שראשיתה במהפכה הצרפתית (1879) וסיומה בתום מלחמת העולם הראשונה. כמה היסטוריונים של האימפריה העות'מאנית אימצו כותרת זו בהדגישם שמבחינת המאפיינים ההיסטוריים המרכזיים שלה – הרפורמות הגדולות, הגלובליזציה והמעבר למודרניות – המאה התשע עשרה החלה גם באימפריה העות'מאנית מוקדם יותר והסתיימה מאוחר יותר מהמאה התשע עשרה הקלנדרית (מסוף המאה השמונה עשרה עד פירוק האימפריה אחרי מלחמת העולם הראשונה, 1923). להיכרות בסיסית עם ההיסטוריה העות'מאנית ובפרט עם הרפורמות במאה התשע עשרה הארוכה באימפריה ראו דונאלד קואטארט האימפריה העות'מאנית 1700–1922 (אורית פרידלנדר מתרגמת, 2015).



כוחם של גורמי תיווך שונים בין הממשלה לבין הקהילות המרכיבות את המדינה ולקדם התפתחות תודעה קולקטיבית כול-עות'מאנית מלכדת, כחלופה לזהויות הקהילתיות השונות.<sup>8</sup> יעדים אלה היו כרוכים בהתערבות המדינה בכמה מרחבים ששליטי האימפריה בעבר לא היו מעוניינים במעורבות ישירה בהם, כגון חינוך ומשפחה. כמו במדינות ואימפריות אחרות בתקופה זו ברחבי העולם, גם באימפריה העות'מאנית האליטה הביורוקרטית, שעזימה נמנו מובילי הרפורמות, ראתה במרחבים הללו אתרים לעיצובן של מדינה וחברה מודרניות. בבירת האימפריה ובכמה ערים מרכזיות נוספות, שהפכו לחלוצות התמורות שהובילה האליטה הביורוקרטית בתחומים של עיצוב המרחב העירוני, הקמת מערכת חינוך מדינתית ובניית תשתית לאיסוף נתונים דמוגרפיים ומעקב אחר תנועות האוכלוסייה, התפתחו דפוסי משפחה ואורחות חיים שהציפו את סוגיית מקומן וזכויותיהן של נשים במשפחה ובחברה.<sup>9</sup> שאלות אלה עמדו במרכזו של שיח אינטלקטואלי ופוליטי ער, שמובילי הרפורמות נטלו בו חלק. הוא התאפיין כשיח אליטיסטי, והשאלות שנגעו למקומן של נשים במשפחה, ברכישת השכלה והכשרה מקצועית, בתעסוקה ובפעילויות אחרות במרחב הציבורי ניזונו בשיח זה בעיקר ממצואות החיים והאידיאלים התרבותיים של משפחות האליטה והבורגנות העירונית המתרחבת.<sup>10</sup>

- 8 ראו למשל, KEMAL KARPAT, THE POLITICIZATION OF ISLAM: RECONSTRUCTING IDENTITY, STATE, FAITH, AND COMMUNITY IN THE LATE OTTOMAN STATE 308–327 (2001); MICHELLE U. CAMPOS, OTTOMAN BROTHERS: MUSLIMS, CHRISTIANS, AND JEWS IN EARLY 20<sup>TH</sup> CENTURY PALESTINE (2010); KAREN M. KERN, IMPERIAL CITIZENS: MARRIAGE AND CITIZENSHIP IN THE OTTOMAN FRONTIER PROVINCES OF IRAQ (2011).
- 9 ראו למשל ALAN DUBEN & CEM BEHAR, ISTANBUL HOUSEHOLDS: MARRIAGE, FAMILY AND FERTILITY, 1880–1940 (1991); BENJAMIN C. FORTNA, IMPERIAL CLASSROOM: ISLAM, THE STATE, AND EDUCATION IN THE LATE OTTOMAN EMPIRE (2000); NAZAN MAKSUDYAN, ORPHANS AND DESTITUTE CHILDREN IN THE LATE OTTOMAN EMPIRE. על חקר ההיסטוריה של המשפחה באימפריה העות'מאנית והקטגוריות האנליטיות בחקר דפוסי משפחה ראו IRIS AGMON, FAMILY AND COURT: LEGAL CULTURE AND MODERNITY IN LATE OTTOMAN PALESTINE 22–40 (2006). על תהליך דומה שהתרחש באותה תקופה במצרים הקולוניאלית ועל הקשר בין הרפורמה המשפטית לבין הבניית המשפחה הגרעינית ראו טלאל אסד כינון החילוניות: נצרות, אסלאם, מודרניות 297–319 (זהר כוכבי מתרגם, 2010).
- 10 ברקע להתפתחותו של שיח זה עמדה העובדה שהשוויון האזרחי הפורמלי שהונהג באימפריה במסגרת הרפורמות של המאה התשע עשרה חל על גברים בלבד. ראו קואטארט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 61–64. אולם בשנות מלחמת העולם הראשונה קיבלו שאלות אלה ממדים חדשים, אליטיסטיים פחות, על רקע השתתפותן של נשים בשוק העבודה במקום גברים מגויסים וגידול בתופעת העגינות של נשות חיילים נעדרים. ראו Yigit Akin, War, Women, and the State: The Politics of Sacrifice in the Ottoman Empire During the First World War, 26 J. WOMEN'S HIST. 12 (2014). לסקירה על שינויים במצבן של נשים ובתפיסות על נשים באימפריה העות'מאנית במאה התשע עשרה הארוכה ראו NIKKIE R. KEDDIE, WOMEN IN THE MIDDLE EAST: PAST AND PRESENT 60–75 (2007).

מבנה המשפחה שהסתמן בשיח זה כדפוס שראוי לטפחו בחברה העות'מאנית המודרנית היה זה של משפחה גרעינית – בני־זוג שקשר הנישואים שלהם מבוסס על הֶעוֹת (companionship) וילדיהם – דפוס שייצג את האידיאלים של הבורגנות העירונית שצמחה בתקופה זו בערים מרכזיות ברחבי העולם. אידיאל זה עמד כנראה לנגד עיניהם של הרפורמטורים, שנמנו עם חוגי האליטה ולקחו חלק בשיח שרווח בבירה על ה"משפחה החדשה" ועיצב את גישותיהם גם ביחס למהלכים לשיפור מעמדן של הנשים במסגרת קוד המשפחה. לא כל המעורבים בהכנת קוד המשפחה היו בהכרח תמימי דעים בסוגיה של מודל המשפחה הנשאף, בפרט כאשר בתהליך הקודיפיקציה, שדורש מטבעו בחירות ברורות, היה על המחוקקים לנסח בחדות סעיפי חוק שבסיסם היה דיני המשפחה השרעיים. ואולם, באופן כללי נטו חוגי האליטה הפוליטית והרעיונית באסתנבול בתקופה זו, ובהם המחוקקים, לראות במשפחה הגרעינית את יחידת היסוד החברתית ההולמת את המדינה העות'מאנית המודרנית.<sup>11</sup> מכך אין להסיק שלא הייתה לרפורמטורים ולחוגים נוספים באליטה העות'מאנית, שכללו גם נשים, שאיפה כנה להביא לשיפור מעמדן של הנשים ביחס למעמד הגברים. הייתה גם הייתה. ואולם, ניתוח קוד המשפחה במסגרת הקשר היסטורי רחב יותר, כפי שהצעתי לעיל, כרוך בתובנה מתודולוגית ש"משפחה" היא קטגוריה אנליטית מועילה יותר למחקר על השיח ההיסטורי הנדון על נשים מאשר הקטגוריות "נשים" או "מגדר".<sup>12</sup> תובנה זו, בתורה, חוזרת לסוגיית ההקשר ההיסטורי. כמו לכל תופעה, גם לתפיסות על אודות זכויות נשים יש היסטוריה, והן נבדלו אלו מאלו במקומות וזמנים שונים והשתנו על ציר הזמן. תפיסה הרתמת את שיפור מעמדן של הנשים להשגת תכלית אחרת – במקרה העות'מאני, לעיצוב מחדש של המשפחה על ידי המדינה המשתנה בעצמה – הייתה אופיינית בתקופה הנדונה לחברות רבות בעולם, כחלק מתהליכי השינוי המורכבים שנכרכו במעבר למודרניות. שיפור מעמדן של הנשים נתפס אפוא כחינוכי להשגת שינויים חברתיים ופוליטיים בתחומים אחרים וכמדד להישגים בתחומים אלה, ולא דווקא כתכלית לעצמה.<sup>13</sup>

11 Zafer Toprak, *The Family, Feminism, and the State during the Young Turk Period, 1908–1918*, in PREMIER RENCONTRE INTERNATIONALE SUR L'EMPIRE OTTOMAN ET TURQUIE MODERNE 441 (Edhem Eldem ed., 1991).

12 "משפחה" היא במקרה זה גם קטגוריה של פרקטיקה, קטגוריה שהייתה בשימוש הפועלים ההיסטוריים בני הזמן לתיאור עמדותיהם. ואולם, הגם שהמונח זהה, המשמעות שלו כקטגוריה אנליטית או קטגוריה של פרקטיקה שונה מהותית, כפי שמציעים ברובייקר וקופר. במאמרם הביקורתי על מחקרי זהות, הם מציעים הבחנה בין קטגוריות של פרקטיקה, הקטגוריות שבאמצעותן הפועלים ההיסטוריים מתארים את התנסויותיהם ובתורן הן מעצבות את תודעתם, לבין קטגוריות אנליטיות, אלה שמשמשות את החוקרים לניתוח התנסויותיהם ותודעתם של הפועלים ההיסטוריים. ראו Rogers Brubaker & Frederick Cooper, *Beyond "Identity"*, 29 THEORY & SOC'Y 1 (2000).

13 ראו למשל אפסאנה נג'מאבאדי "האם ייזכר שמנו?": כתיבת ההיסטוריה של המהפכה החוקתית באיראן כאילו יש חשיבות לנשים ומגדר" ג'מאעה ד 94 (יוסי מילוא מתרגם, 1999); BETH

באימפריה העות'מאנית נועדו מהלכי החקיקה, אשר קוד המשפחה של 1917 היה אחד מהם (ובדיעבד – האחרון), להקנות למדינה שלטון ריכוזי ולאפשר לה ריבונות ושליטה ישירה בנתיניה; הדבר נעשה באמצעות הכפפת גורמים חברתיים-פוליטיים שונים, שתיווכו בינם לבין השלטון המרכזי, לפיקוח המדינה, וכן בעזרת התערבות המדינה בעיצוב תחומי חיים, כמו המשפחה, ובפיקוח על תחומים אלה, שבעבר לא היה לה עניין רב להיכנס אליהם. אגב כך, המדינה עצמה – אותו מנגנון שלטוני מורכב, המאוכלס במגוון אנושי של נושאי תפקידים שמיישמים את התפיסות המקובלות באותה תקופה על אודות יחסי שליטים ונשלטים – עוצבה מחדש. מוקד הדיון במקרה שלפנינו הוא אפוא העניין החדש שגילו הרפורמטורים, כחלק מהאליטה במדינה העות'מאנית המשתנה, בהתערבות במסגרת המשפחה, בעיצובה ובהכפפתם של תהליכים אלה לפיקוח המדינה. זה ההקשר שמתאים למקם בו, לטענתי, את ניתוח המאמצים שמשקף קוד המשפחה לחולל שינוי במעמדן החוקי של נשים במשפחה ובחברה. נקודה מהותית זו (ולא רק היא) לפרשנות ההיסטורית של קוד המשפחה הוחמצה על ידי רוב החוקרים שדנו בו.<sup>14</sup>

BARON, EGYPT AS A WOMAN: NATIONALISM, GENDER, AND POLITICS (2005); Palmira J. Brummett, *Gender and Empire in Late Ottoman Istanbul: Caricature, Models of Empire, and the Case for Ottoman Exceptionalism*, 27 COMP. STUD. S. ASIA, AFRICA & THE MIDDLE EAST 283 (2007). נשים באירופה ובצפון אמריקה נאבקו בתקופה זו לקבלת זכות בחירה (התנועה הסופרז'יסטית), לא מפני שבשאר התחומים מעמדן היה שווה או קרוב למעמד הגברים. יחסית לנשים עות'מאניות, שאף כי לא זכו במעמד של אזרחיות לפי חוק, כמו הגברים, היו רשאיות להחזיק ברכוש, לרשת ולהוריש, והיו בעלות זכות עמידה בבית המשפט, מעמדן של נשים במערב היה נחות יותר. המאבק על זכויות פוליטיות היה אמצעי להשגת מעמד אזרחי. ראו גם על השינויים בחשיבה ובכתיבה על היסטוריה של נשים ומגדר במערב אירופה וצפון אמריקה: ביילי מלמן "לשנות את ההיסטוריה: היסטוריה של נשים והיסטוריה של מגדר, 1800–2005" זמנים חדשים: מחקרים בהיסטוריוגרפיה המודרנית 331 (יוסי מאל, עורך, 2008).

14 לא רבים ההיסטוריונים שניתוח מפורט של קוד המשפחה העסיק אותם. בין המחקרים הבולטים אפשר למצוא את Niyazi Berkes, *The Development of Secularism in Turkey* ([1964] Eisenman; 1998), לעיל ה"ש 5; Aydin, 1985; לעיל ה"ש 5. היסטוריונים אלה (וחוקרים אחרים, שמסתמכים עליהם ולרוב אינם מציעים תובנות אחרות בקשר לקוד המשפחה) מרבים לדון בוויכוחים האידאולוגיים והאינטלקטואליים בקרב האליטה העות'מאנית על מצב הנשים באופן כללי, על קשייהן בעקבות מלחמת הבלקן ומלחמת העולם ועל השאיפה לשפר את מעמדן. את מטרותיו של קוד המשפחה והקשר שלהן למטרות מפעל הרפורמות העות'מאניות הם מנתחים בנפרד, בלי לקשר בין שני נושאים אלה לבין השאיפה לעצב מחדש את הבניית המשפחה. חוקרים אלה גם אינם ערים לכך שהם מבססים את ניתוחיהם באופן כמעט בלעדי על טקסטים שנכתבו על ידי גברים, אף על פי שהשיח הציבורי על מצב הנשים, הגם שהיה אליטיסטי מובהק, לא היה גברי בלבד.

## 2. שמו של הקוד

קוד המשפחה המקורי פורסם על ידי הממשלה העות'מאנית באסתנבול ב-25 באוקטובר 1917 תחת הכותרת *Hukuk-i Aile Kararnamesi*.<sup>15</sup> ככל הידוע לי, הקוד לא תורגם רשמית לערבית בעת פרסומו. בכך הוא לא היה שונה מהקודים העות'מאניים הקודמים.<sup>16</sup> לאחר מלחמת העולם שינו השליטים הקולוניאליים החדשים את הקוד (מהותית, כפי שאטען בהמשך) והחילו אותו על המוסלמים בפרובינציות הערביות-עות'מאניות-לשעבר בלבנט, כלומר באזורים שהפכו בהסדרים של אחרי המלחמה למדינות המנדט לבנון, סוריה, עבר הירדן ופלשתינה-ארץ ישראל. באזורים אלה הקוד תורגם לערבית באופן פרטי על ידי משפטנים מקומיים. התרגום המוקדם ביותר המוכר לי הוא התרגום הלבנוני (1924) ובו השם שניתן לקוד היה "קאנון חקוק אל-עאילה".<sup>17</sup> את מוצאותיו של הקוד בפלשתינה-ארץ ישראל אזכיר בהמשך המאמר. ואולם, לא ידוע לי על קיומו של תרגום מנדטורי רשמי לערבית גם בפלשתינה-ארץ ישראל, אף על פי שעוד טרם קבלתו של כתב המנדט התייחסו הבריטים אל מעמדו של הקוד בצווים שפרסמו, שחיבו לשנות אותו ואת תחולתו.<sup>18</sup> הטקסט של החוק שהבריטים החילו על בתי הדין השרעיים בפלשתינה-ארץ ישראל לאחר שינויים אלה ("חוק המשפחה המוסלמי") נוהג עד היום בבתי הדין השרעיים במדינת ישראל. חוק זה, המכונה כיום "חוק המשפחה העות'מאני", נערך ב-1957 על ידי טאהר חמאד, הקאדי של יפו דאז, שמיזג שני תרגומים פרטיים של הקוד לערבית מתקופת המנדט.<sup>19</sup> את שני התרגומים הקודמים הללו לא ראיתי במו עיניי ולא ידוע לי אם אחד מהם היה התרגום הלבנוני, או שמא היו אלה שני תרגומים אחרים. מכל מקום, בין הגרסה הישראלית, המבוססת על השניים הללו, לבין התרגום הלבנוני יש הבדלים מסוימים (והתרגום בגרסה הלבנונית סטה בעצמו בכמה מקומות מהמקור העות'מאני; אחד המקומות האלה, למרבה העניין, הוא סעיף 130, שעמד במוקד פסיקת בג"ץ הנדונה כאן). הגרסה הישראלית של הקוד מופיעה תחת כותרת שונה במעט מזו של התרגום הלבנוני, "קאנון קראר

15 כעבור שישה ימים פורסם הקוד ברשומות באסתנבול: *Takvim-i Vekayi* 3046, 3-10 (31.10.1917).

16 שפת המנהל והמשפט הייתה עות'מאנית. במרוצת הרפורמות מסמכים מסוימים תורגמו מסיבות שונות לערבית ופורסמו באמצעות בית הדפוס האימפריאלי. ואולם, רוב החוקים לא נמנו עם מסמכים אלה. תרגומים וספרי פרשנות של דברי חקיקה שונים פורסמו באופן פרטי, בעיקר בצרפתית, על ידי מומחים זרים או מקומיים, וחוקרים מרבים להסתמך עליהם.

17 *מג'מועת אל-קנאנין* כרך א 353, 353-373 (יוסף אבראהים צאדר, עורך, עארף אפנדי רמאדן מתרגם, 1927).

18 *Government of Palestine, An Ordinance to provide for the Application of the Ottoman Family Law of 25<sup>th</sup> October, 1333 (25.9.1919)*, 1 NORMAN BENTWICH, *COMP. LEGISLATION OF PALESTINE, 1918-1925*, 58 (1926).

19 דואר אלקטרוני מהקאדי ד"ר איאד זחאלקה, מנהל בתי הדין השרעיים בישראל, למחברת מאמר זה (10.4.2014). תודתי לד"ר זחאלקה.

חקוק אל-עאילה".<sup>20</sup> בפרסומים אקדמיים בעברית, הן קוד המשפחה ההיסטורי והן גרסתיו המנדטורית והישראלית מוזכרים בשם "חוק המשפחה העות'מאני" או "חוק זכויות המשפחה העות'מאני". אני משערת שהשם האחרון הוא תרגום של השם הרווח בספרות המחקר באנגלית Ottoman Law of Family Rights (OLFR) והוא מבוסס על תרגום (שגוי, כפי שאראה להלן) של המונח "חקוק" ל"זכויות" בשמו של הקוד המקורי. דווקא במחקרים המוקדמים ביותר על קוד המשפחה, שנכתבו בצרפתית, נבחר השם המתאים ביותר, לדעתי, Code Familial,<sup>21</sup> וזה השם שאימצתי, "קוד המשפחה" (ובאנגלית Family Code).

מדוע הגעתי למסקנה שדווקא שם זה הוא שמתאים לקוד העות'מאני המקורי? מהם החסרונות של השמות האחרים שהזכרתי לעיל? ראשית, מובן מאליו שכחוק שנחקק באימפריה העות'מאנית, הכינוי "עות'מאני" לא היה חלק משמו המקורי, אך כך הוא מופיע תדיר בספרות המחקר בעברית ובאנגלית (לעיל). שמותיהם של חוקי מדינות באשר הם אינם נושאים את שם המדינה המחקקת, שכן תפקיד השמות לזהות את החוקים עבור משתמשי מערכת המשפט המקומית. היסטוריונים וחוקרים בתחומי משפט ומדעי החברה מוסיפים את שם המדינה לשם בהירות הדיון, אבל תוספת זו אינה אמורה להיות כלולה בשם החוק עצמו. התוספת "עות'מאני" בכותרת שמו של קוד המשפחה היא אחד מאי-הדיוקים הרווחים בספרות המחקר על אודותיו, ואני מתעכבת עליה משום שלדעתי מקורה בערפול ההיסטוריה של הקוד, ולא רק בטעות טכנית. תוספת זו מתעלמת מהשם שהבריטים נתנו לו (חוק המשפחה המוסלמי) כששינו את תוכנו והחילו אותו על מוסלמים בלבד, אף על פי שהקוד המנדטורי, ולא העות'מאני, הוא שיושם, לפחות להלכה, בבתי הדין השרעיים בפלשתינה-ארץ ישראל. והוא גם זה שמושם בבתי הדין השרעיים בישראל. הקוד העות'מאני המקורי אמנם נכנס לתוקף מייד עם פרסומו, אולם הוא לא יושם בפרובינציות הערביות, שכן באותו זמן החל כיבושן בידי הצבא הקולוניאלי הבריטי, שנמשך עד תום המלחמה. מכל מקום, בכותרת שמו של הקוד בתרגומי לערבית (לעיל) התוספת "עות'מאני" אינה מופיעה.

אשר למרכיבי שמו המקורי של הקוד, המונח "karaname(si)" בכותרת מציין את סוג הצו המנהלי שבמסגרתו פרסמה הממשלה העות'מאנית את דבר החקיקה.<sup>22</sup> מתרגמי הקוד לערבית החליפו את המונח "קראנאמה" במונח "קאנון", שמשמעותו בערבית מודרנית "חוק מדינה". בתרבות המשפטית העות'מאנית, "קאנון" היה חוק מטעם הסולטאן. לפני הרפורמות, חוק כזה

20 שלמה דב גוטוין ואהרן בן שמש המשפט המוסלמי במדינת ישראל 1957) 290–311. ראו גם תרגום החוק לעברית ופרשנות, שם, בעמ' 214–232.

21 Lucien Bouvat, *Le Code Familial Ottoman de 1917*, 43 REVUE DU MONDE MUSULMAN 5 (1921). מאמר זה כולל תרגום של קוד המשפחה לצרפתית משולב בפרשנות. ראו גם ZIYAEDDIN FAHRİ FINDIKOĞLU, *ESSAI SUR LA TRANSFORMATION DU CODE FAMILIAL EN TURQUIE* (1936).

22 נראה כי הבחירה ב-karaname, צו שמבוסס על החלטת ממשלה ומעמדו בהיררכיית הצווים הממשלתיים העות'מאניים נמוך מזה של הצווים ששימשו לפרסום חוקים אחרים, קשורה לכך שקוד המשפחה פורסם כחוק זמני, כדי למנוע התנגדות לאישורו בפרלמנט. ראו Aydın, 1998, לעיל ה"ש 5, בעמ' 314.

תפקד והיה מחייב כחוק מדינה, אולם לא נכון יהיה לתאר אותו כחקיקה פוזיטיבית, שהרי חקיקה פוזיטיבית לא הייתה חלק מהתרבות המשפטית של המדינה העות'מאנית הקדם-מודרנית (או של כל מדינה קדם-מודרנית אחרת, לצורך העניין). במאה התשע עשרה טענו הרפורמטורים העות'מאנים את המושג "קאנון" במשמעות המודרנית של חקיקת מדינה פוזיטיבית, כאשר כינו את הקודים המרכזיים של הרפורמות "קאנון". קוד המשפחה היה ללא ספק חוק מדינה פוזיטיבי, ומבחינה זו הבחירה במונח "קאנון" בתרגום לערבית היא מדויקת. ההעדפה שלי למושג "קוד" (ולא "חוק") נועדה להדגיש את היותו חלק ממפעל הקודיפיקציה של הרפורמות שהחל ב-1840 בהשראת המשפט הקונטיננטלי של המאה התשע עשרה (עניין שאפרט מעט יותר בפרק הבא).<sup>23</sup> לבסוף, הצירוף "Hukuk-i Aile" הוא, להערכתו, המקור לטעות נוספת בתרגום שמו של הקוד לאנגלית ולעברית, "חוק זכויות המשפחה". "Aile" (ערבית: עאילה) פירושו "משפחה", והוא המונח היחיד בכותרת שתרגומו אינו מעורר קושי. המונח "Hukuk" (ערבית: חֻקוק), כשהוא מופיע בנפרד, ללא הקשר מסוים, נושא כמה משמעויות. במקורו הוא שם עצם ברבים ומשמעותו "זכויות" או "כללים" (כלומר חוקים). בין שתי המשמעויות הללו, הבחירה ב"זכויות" (זכויות המשפחה, Family Rights) שגויה מהותית. אף על פי שהחקיקה נועדה להשפיע על עיצובו של מוסד המשפחה, קוד המשפחה אינו עוסק בזכויות המשפחה כיחידה חברתית. הקוד מגדיר את הכללים להקמת משפחות (נישואין) ופירוקן (גירושין) במדינה, את ההיתרים והאיסורים בנדון ואת בעלי הסמכות לנהל, לפקח, לרשום ולתת הרשאות לאזרחים בעניינים אלה.<sup>24</sup> במילים אחרות, משמעות הצירוף "Hukuk-i Aile" הוא "חוקי משפחה". ואולם, הקידומת "קוד" או "חוק" בשמו של החוק מיתרת את המילה "חוקים" בסמיכות "חוקי משפחה", וכך נותר השם "קוד המשפחה".

### 3. מ"קוד המשפחה" (1917) ל"חוק המשפחה המוסלמי" (1919)

כאמור, ב-25 באוקטובר 1917 פרסמה הממשלה העות'מאנית את קוד המשפחה. יחד איתו פורסם גם קוד פרוצדורה חדש לבתי הדין השרעיים.<sup>25</sup> קוד המשפחה היה צעד משמעותי נוסף

23 Avi Rubin, *Modernity as a Code: The Ottoman Empire and the Global Movement of Codification*, 59 J. ECON. & SOC. HIST. ORIENT 828 (2016).

24 עם זאת, שתי נקודות בצירוף המילים "Hukuk-i Aile" (חוקי המשפחה) ראויות לתשומת לב נוספת. האחת, המונח "עאילה" (משפחה) נטען בתקופה המודרנית במשמעות "משפחה גרעינית". ראו אסד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 314–315. הנקודה האחרת היא הבחירה של המחוקק העות'מאני לשמור בכותרת הקוד המשגה ש"מתכתבת" עם המסגרת השרעית של הקוד (דיני משפחה) ולא "דיני מעמד אישי" (personal status, בערבית: אל-אחואל אל-שחציה), ה"מתכתבת" עם המשפט הקונטיננטלי בגרסתו הקולוניאלית (ראו להלן ה"ש 34, על הקוד של קדרי פאשא במצרים).

25 3046 *Takvim-i Vekayi*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 10–14. מפאת קוצר היריעה לא אדון כאן בקוד הפרוצדורה, אף על פי שיש בחקיקתו כדי להאיר ולתמוך כמה מהטיעונים הנוגעים להקשר של חקיקת קוד המשפחה. במיוחד רלוונטי לעניין זה הקישור הבולט שעושה קוד הפרוצדורה החדש

בסדרת רפורמות עתירת תהפוכות ומשברים שנערכה במרוצת המאה התשע עשרה הארוכה. מערכת המשפט הייתה יעד מרכזי של רפורמות אלה. במהלך שליטי האימפריה והאליטה הבריורקרטית שלה עיצבו מחדש את מערכת המשפט העות'מאנית. קוד המשפחה נועד להשלים את השגתו של אחד היעדים המרכזיים של הרפורמות המשפטיות: יצירת מערכת משפט מדינה מודרנית ריכוזית, בעלת אחדות פנימית, שחוקיה חלים על כל האזרחים העות'מאנים.

הרפורמות המשפטיות העיקריות, שהחלו בשנות הארבעים של המאה התשע עשרה, הכניסו שינויים רבים במערכת השיפוט על כל מרכיביה. בחלוקת העבודה החדשה שכווננו הרפורמות, מערכת השיפוט השרעית התמקדה בעיקר בדיני המשפחה. ואולם, עד לפרסום קוד המשפחה ב-1917 לא עברו חוקי המשפחה קודיפיקציה, כפי שעברו חוקים שרעיים ועות'מאניים אחרים. הפסיקה בבתי הדין השרעיים הסתמכה כבעבר על המאגר הבלתי נדלה של פרשנויות חכמי ההלכה מן האסכולה החנפית, האסכולה הרשמית של האימפריה, בשילוב מנהג מקומי וחוקים סולטאניים (קאנון), וכן על פסיקות קודמות, בהתאם לעניין הספציפי שהובא בכל מקרה בפני השופט השרעי (קאדי). רעיון הקודיפיקציה של דיני המשפחה עלה מדי פעם במרוצת שנות הרפורמות, בעיקר מאז 1876, עת הושלמה הקודיפיקציה של המג'לה (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), הקוד האזרחי העות'מאני שהתבסס כולו על דינים שרעיים. במאה התשע עשרה הרפורמטורים העות'מאנים, כמו רפורמטורים רבים אחרים ברחבי העולם, כולל באירופה, שאבו את השראתם מהמשפט הקונטיננטלי, במיוחד מהקוד האזרחי הצרפתי הראשון, קוד נפוליאון (1804). השראה זו ניכרה בכל הקודים העות'מאניים ובהם המג'לה. היה במג'לה מיזוג מרשים ומרתק בין חוק שרעי למבנה הדוק של ספר חוקים קונטיננטלי מודרני, שנועד לשמר את תוכנם של הדינים ובה בעת לשנות את פרקטיקת הפסיקה ולחזק את שליטת המדינה

בין הליכי השיפוט בבתי הדין השרעיים לבין קוד הפרוצדורה של בתי המשפט האזרחיים הניזאמיים (1879), שנחקק, כיתר חוקי הרפורמה, ברוח המשפט הקונטיננטלי והחליף בבתי המשפט האזרחיים בלבד את חוקי הפרוצדורה של המג'לה. ראו Avi Rubin, Ottoman Nizamiye Courts: Law and Modernity 32 (2011). קוד הפרוצדורה החדש לבתי הדין השרעיים השלים מהלך זה בבתי הדין השרעיים. ואולם, הוא לא ביטל את הפרוצדורה שהייתה שרעית במקור, על בסיס המג'לה, אלא הידק את המיזוג, שחלקו התקיים כבר ממילא בעבודת בתי הדין השרעיים, בין הפרוצדורה השרעית לפרוצדורה האזרחית-ניזאמית. בכך ממחיש החוק הזה שני מאפיינים בולטים של החקיקה העות'מאנית בתקופת הרפורמות המשפטיות: (1) מהלכי שינוי שיושמו תחילה ללא חקיקה, בדרך של ניסוי וטעייה, קדמו לרוב פעולות החקיקה (ואחרי החקיקה, הם עברו תיקונים רבים נוספים, בדרך דומה); (2) החקיקה העות'מאנית התבססה על שאילה סלקטיבית של אלמנטים מחוקים קונטיננטליים ושילתם לצד חוקים עות'מאניים, שיצרו יחד מיזוג ייחודית (ספרו של רובין לעיל עורך ניתוח סוציו-לגאלי מפורט של תהליך זה). נוסף על כך, קוד הפרוצדורה החדש הכין את בתי הדין השרעיים, כחלק ממערכת השיפוט המדינתית העות'מאנית, לתפקיד המנהלי הנוסף שהועיד להם קוד המשפחה בתחום הפיקוח והרישום של הליכי נישואין וגירושין של כל האזרחים (כולל לא-מוסלמים). נושא זה הוא חלק מפרויקט המחקר הנוכחי שלי, שאני מקווה שיראה אור בקרוב.

המדינה במערכת השיפוט ובשופטים.<sup>26</sup> שליטה זו הייתה, כזכור, המטרה המרכזית של הרפורמות בכלל ואלה המשפטיות בפרט. במרוצת התקופה כולה חתרו אפוא הרפורמטורים לעצב מערכת שיפוט לכידה, שאגפיה מתמחים כל אחד בתחומי חוק מסוימים, אולם עובדים בתיאום הדדי בעודם כפופים במסגרת היררכיה ברורה למרכז. משתי זוויות הראייה האלה – השאיפה להאחדת מערכת השיפוט והשלמתה של פרויקט הקודיפיקציה, קוד משפחה היה חיוני. מבחינת התפיסה שייצגה הקודיפיקציה הקונטיננטלית היה קוד משפחה המשך מתבקש של הקוד האזרחי, וכך הוא אכן נתפס בעיני משפטנים עות'מאנים.<sup>27</sup>

בהיסטוריוגרפיה על הרפורמות העות'מאניות נטען כי הרפורמטורים חששו לגעת בדיני המשפחה השרעיים פן תתעורר התנגדות דתית, וזאת כהסבר לדחיית הקודיפיקציה של דיני המשפחה במשך זמן רב כל כך.<sup>28</sup> ואולם, המכשול העיקרי שניצב בפני קודיפיקציה של דיני המשפחה, שנועדה להשלים את המג'לה ואת האחדת מערכת השיפוט, היה מעורבותן הגוברת של מדינות אירופה בענייני האימפריה העות'מאנית. בחסות הקפיטולציות, פריבילגיות

26 בספרות המשפטנית הישראלית המג'לה מוצגת לעיתים כלא יותר משריד ארכאי שנדרש זמן רב מדי לסלקו מהדרך (בוטלה בישראל ב-1984). גישה זו מתעלמת מההקשר ההיסטורי של יצירת המג'לה וההישג שהיא ייצגה בחיבור שיצרה בין שתי שיטות שיפוט שונות כל כך במהותן. שרידותה ארוכת השנים בתקופה עתירת שינויים מעידה, מן הסתם, גם על איכויותיה. על ההקשר ההיסטורי של המג'לה ויתר מהלכי הקודיפיקציה, ראו RUBIN, שם; Rubin, לעיל ה"ש 23. על המאבק על אופי הקוד האזרחי העות'מאני והבחירה בקוד מבוסס-שריעה ראו Seda Örsen Esirgen, *Osmanlı Devleti'nde Medeni Kanun Tartışmaları: Mecelle mi, Fransız Medeni Kanunu mu?*, 29 OTAM 31 (2011).

27 Aydın, 1998, לעיל ה"ש 5, בעמ' 314. עוד בעניין זה ראו להלן ה"ש 31–32, על הקמת ועדת הקוד ב-1916 וההנחיות שניתנו לה ממשרד המשפטים.

28 ראו למשל BERKES, לעיל ה"ש 14, בעמ' 169–172. ניאזי ברקס הוא אולי הרהוט ביותר בין חוקרי הרפורמות התורכים שבגרו אל תוך התקופה הכמאליסטית וטיפחו גישה המפרשת את הרפורמות המשפטיות העות'מאניות ברוח תיאוריות המודרניזציה כמאבק איתנים בינארי בין "מסורת" ו"מודרניות" ובין משפט "דתי" ל"חילוני". ראו למשל J.N.D. Anderson, *The Role of Personal Statutes in Social Development in Islamic Countries*, 13 COMP. STUD. IN SOC'Y & HIST. 17, 18 (1971). לניתוח ביקורתי של גישה זו בנוגע למערכת המשפט העות'מאנית ראו, Avi Rubin, *Ottoman Judicial Change in the Age of Modernity: A Reappraisal*, 7 HIST. COMPASS 119 (2009). יודגש כי מאבקים בין חוגים שונים בקרב האליטה העות'מאנית על אופי הרפורמות, על שאלת מעמדם של דינים שרעיים, על אופי הקודיפיקציה ועל כל נושא אחר כמעט, ליוו את הרפורמות כל הזמן. גם בעת שקוד המשפחה קרם עור וגידים, הוא היה נושא לוויכוחים ומחלוקות. ואולם, דבר זה לא מנע את החקיקה ולא את יישום הקוד, אף על פי שהליך האישור הרשמי שלו לא הושלם (AYDIN, 1985, לעיל ה"ש 5, בעמ' 165). חוקרי קוד המשפחה המעטים נוטים להבליט בעיקר את המחלוקות האידאולוגיות סביבו, והדבר תרם ועדיין תורם להדגשת מחלוקות אלה בהיסטוריוגרפיה כהסבר לפער הזמן בין המג'לה לקוד המשפחה ולהחלטות שהנחו את המחוקקים העות'מאנים בעת הכנתו של קוד המשפחה. לטענתי, דגש זה מעורר שתי בעיות: (א) הוא מוגזם ומתעלם מגורמים חשובים אחרים; (ב) המחלוקות סביב הקוד מתוארות במושגים אנכרוניסטיים (בניתוח טענות אלה עוסק, בין היתר, מחקרי שבעבודה).



היסטוריות ששליטי האימפריה נתנו במאות קודמות, מתוך עמדת כוח, לשליטים אירופים כדי לעודד את המסחר האירופי באימפריה – העניקו מדינות אירופה במאה התשע עשרה הגנה משפטית לא רק, כבעבר, לנתיניהן השוהים באימפריה, כסוחרים או דיפלומטים, אלא גם לאזרחים עות'מאנים במספרים גדלים והולכים, בעיקר מבני העדות הלא-מוסלמיות.<sup>29</sup> מעורבות זו לבשה לעיתים אופי של תמיכה בקהילות לא-מוסלמיות שלמות ובדרישות מנהיגיהן לקבל סמכויות שיפוט בתחום המשפחה וניהול הקהילה.<sup>30</sup> קודיפיקציה של דיני המשפחה העות'מאניים במטרה להשלים את האחדת מערכת השיפוט הייתה מחייבת לצמצם את האוטונומיה שקהילות אלה הצליחו לזכות בה במרוצת המאה התשע עשרה ולהתעמת עם המעצמות שנתנו להן חסות. עד לחיבור קוד המשפחה בתקופת המלחמה לא יזמה הממשלה העות'מאנית מהלך ישיר כזה. היא ניסתה לפעול בערוצים שונים לביטולן או לצמצומן של השלכות משטר הקפיטולציות, שאפשר מעמד משפטי אקס-טריטוריאלי לזרים ואזרחים עות'מאנים במספרים גדלים והולכים. ניסיונות אלה עלו בתוהו. אגב כך התעכבה למשך שנים ארוכות גם השלמת כינוסם של ערוצי השיפוט הקהילתיים בתחומי המשפחה לתוך מערכת שיפוט עות'מאנית ריבונית ריכוזית אחת. עם פרוץ מלחמת העולם והצטרפות האימפריה

29 ראו קואטארט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 60–61, 74–76; MAURITZ S. VAN DEN BOOGERT, THE CAPITULATIONS AND THE OTTOMAN LEGAL SYSTEM: QADIS, CONSULS, AND BERATHS IN THE 18TH CENTURY (2005); Feroz Ahmad, *Ottoman Perceptions of the Capitulations 1800–1914*, 11 J. ISLAMIC STUD. 1 (2000).

30 על ה"מִלֵּת" (קהילה דתית) והאוטונומיה של הקהילות הלא-מוסלמיות במאה התשע עשרה, ראו: קואטארט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 161–166. להשתרשות הדעה השגויה כאילו התקיימה באימפריה העות'מאנית לאורך מאות שנים מערכת סדורה של אוטונומיה משפטית-דתית של הקהילות הלא-מוסלמיות, שיטת המלת, שאותה המשיכו, כביכול, הבריטים והצרפתים בארצות המנדט, תרמו גורמים שונים. בין היתר, דעה זו נבעה מהסתמכות לא ביקורתית של חוקרים על תיאורים של רפורמות המאה התשע עשרה שלצורכיהן נעשה שימוש אנכרוניסטי במינוח זה כאילו הוא מבטא המשכיות של שיטת מנהל אחידה ומהתעלמות מהשינויים ההיסטוריים ביחסים בין האימפריה לבין הקהילות הרבות והמגוונות שאכלסו אותה, לאורך שנות קיומה הממושכות של האימפריה. בנושא זה ראו למשל Benjamin Braude, *Introduction*, in CHRISTIANS AND JEWS IN THE OTTOMAN EMPIRE: THE ABRIDGED EDITION 1 (Benjamin Braude ed., 2014); Benjamin Braude, *Foundation Myths of the Millet System*, in CHRISTIANS AND JEWS IN THE OTTOMAN EMPIRE: THE ABRIDGED EDITION 65 (Benjamin Braude ed., 2014); Baki Tezcan, *Ethnicity, Race, Religion and Social Class: Ottoman Markers of Difference*, in THE OTTOMAN WORLD 159 (Christin Woodhead ed., 2011); Dimitrios Stamatopoulos, *From Millets to Minorities in the 19<sup>th</sup>-Century Ottoman Empire: An Ambiguous Modernization*, in CITIZENSHIP IN HISTORICAL PERSPECTIVE 253 (Steven G. Ellis et al. eds., 2006). על התפתחות הגישה הקהילתית בתרבות הפוליטית העות'מאנית אחרי כיבוש קונסטנטינופול ראו KAREN BARKEY, *EMPIRE OF DIFFERENCE: THE OTTOMANS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 130–150 (2005). על שיטת המלת בשיח המשפטי-ישראלי ראו גל אמיר "על מה אנחנו מדברים כשאנחנו מדברים על המילט?" מחקרי משפט ל 677 (2016).

העות'מאנית למלחמה נגד "מדינות ההסכמה", ובהן המדינות העיקריות שהחזיקו בקפיטולציות, מיהרה הממשלה לבטל את הקפיטולציות באופן חד-צדדי, ובעקבות החלטה של ועידת מפלגת השלטון לקדם חקיקת המשך למג'לה בתחום דיני המשפחה, פנתה לחיבור קוד משפחה.<sup>31</sup>

במאי 1916 מונתה ועדה בת חמישה בכירים במנהל המשפטי ובפרלמנט העות'מאני לחקיקת חוק משפחה, והיא החלה מייד בעבודתה.<sup>32</sup> הקוד שפורסם כעבור שנה וחצי כלל שני ספרים – ספר נישואין וספר גירושין. בשילוב שיצר בין תוכן שרעי למבנה קונטיננטלי דמה קוד המשפחה למג'לה. הוא חל על כל האזרחים העות'מאנים, כולל נוצרים ויהודים. בה בעת, הוא הותיר על כנם את הכללים ההלכתיים הבסיסיים של כל דת ביחס לנישואים וגירושים ולא עסק כלל בשאלות טקסיות. כל אחד משני הספרים נחלק לפרקים משני סוגים: פרקים שכללו חוקים בתחום הנישואין או הגירושין ופרקים שבהם רוכזו אותם חוקים שביחס אליהם נבדלו הנוצרים או היהודים מהמוסלמים. בדרך זו שילב הקוד חוקים מבוססי-הלכה נפרדים על בסיס דתי עם חוקים אחידים לכול בתחומים המהותיים למדינה, ולצורך זה העביר לשליטתה סמכויות חשובות שקודם לכן היו נתונות בידי ראשי הקהילות השונות. הללו לא איבדו את כל סמכויותיהם, אולם התפקידים שהקנו להם את כוחם כמתווכים בין הקהילה למדינה ניטלו מהם ונמסרו לניהול המדינה. הכלים לביצוע השינויים הללו נכללו בחוק המשפחה עצמו ובצו מנהלי שפורסם חודשיים מאוחר יותר, בפתחה של שנת 1918. כמו כן, לצד קוד המשפחה הוכנס תיקון בסעיף משנה בקוד הפלילי, שעסק בענישה של אזרחים (גברים בלבד, בעלים

31 לאמיתו של דבר, הוחלט על שני מהלכי חקיקה מקבילים, האחד – חקיקת תיקונים ותוספות למג'לה, האחר – חקיקת קוד משפחה. לשם כך מינה שר המשפטים שתי ועדות, וניתנו להן הנחיות שקושרות בין הצורך בקוד המשפחה לצורך בתיקון המג'לה, *Ceride-i Adliye* 149 (August 1916), "İhzar-ı kavanin komisyonları" 65–68. הרציונל של הצורך בתיקון המג'לה במסמך זה מעניין במיוחד, משום שהוא מתמקד בצורך לקדם חוקים חדשים של זכויות קניין פרטי בנכסי דלא ניידי. עניין זה אינו נוגע במישרין לנושא הנדון במאמר זה, אולם יש בו כדי להאיר במידת מה את אחת השאלות שבנוגע אליהן שוררת במחקר ההיסטורי-משפטי אי-הבנה (שאף מוצאת את דרכה אל דיונים בתביעות בעלות על קרקע בישראל. ראו לעיל ה"ש 3) – שאלת פרשנות חוקי הקרקעות העות'מאניים. מכל מקום, בניגוד לוועדת קוד המשפחה, הוועדה שמונתה לתיקון המג'לה לא השלימה בסופו של דבר את משימתה.

32 Istanbul, BOA, ŞD. 2836/29 (14 May, 1916). קוד המשפחה שחיברה הוועדה אמנם כלל רק חלק מדיני המשפחה, את אלה העוסקים בנישואין וגירושין, אולם הכוונה הייתה להרחיב את החקיקה גם לתחומים אחרים של דיני המשפחה. ראו AYDIN, 1985, לעיל ה"ש 5, בעמ' 317. הקדימות שניתנה לדיני נישואין וגירושין תומכת בטענתי שהקשר שבמסגרתו יש להבין את חיבור הקוד היה שאיפת הרפורמטורים לעצב את הבניית המשפחה ולשלוט בנתונים על אודות הקמתן ופירוקן של משפחות בחברה העות'מאנית (פירוט להלן).

ואפוטרופסי נישואין) ומנהלי טקסי נישואין מקומיים (כגון אימאמים) שלא ימלאו אחר הנהלים של עריכת הנישואין שנקבעו בקוד המשפחה ואשר פורטו לאחר מכן בנספח המנהלי לקוד.<sup>33</sup> מה היו החידושים העיקריים של קוד המשפחה? ראשית, היה זה פרויקט הקודיפיקציה הראשון אי פעם של חוקי משפחה שרעיים ביוזמת מדינה מוסלמית.<sup>34</sup> היה זה גם הניסיון הראשון (וככל הידוע לי – היחיד עד כה) לחקיקת חוק טריטוריאלי של דיני מעמד אישי במדינה מוסלמית בעלת אוכלוסייה הטרוגנית. אמנם קוד המשפחה שימר חלק מההבדלים בין ההלכות הדתיות של שלוש הדתות בנוגע לנישואין וגירושין, אולם החוקים המהותיים לפיקוח המדינה על כניון נישואין ופירוקם היו אחידים, ומסגרת הניהול המשפטי והאכיפה הייתה טריטוריאלית.<sup>35</sup> עצם הקודיפיקציה ייצגה חידוש מרחיק לכת מבחינת מקור הסמכות המשפטית ופרקטיקת ההסתמכות על מקורות המשפט השרעי. נוסף על כך, החוקים בקוד המשפחה נבחרו מאסכולות ההלכה הסוניות השונות, לא רק מהאסכולה החנפית. המאפיין האחרון היה הכלי העיקרי להכנסת שיפורים במעמדן המשפטי של נשים בנישואין ובעיקר בגירושין, משום שהוא אפשר למחוקקים לברור מאסכולות שונות חוקים לפי מידת גמישותם ביחס לזכויות נשים במשפחה, במיוחד באותם תחומים שבהם האסכולה החנפית, שבעניינים שונים נחשבת גמישה יחסית, נוטה דווקא לנוקשות-יתר. הקוד אכן כלל כמה חידושים חשובים

33 הצו המפרט את הצעדים המנהליים לעריכת נישואין: *Takvim-i Vekayi* 3107, 1–3 (1 January, 1918); התיקון לקוד הפלילי: *Takvim-i Vekayi* 3046 (31 October, 1917). סעיף המשנה הפלילי הנדון תוקן פעמים מספר קודם לכן. תיקונים אלה, יחד עם הצו המנהלי בנוגע לרישום נישואין, מצביעים על אחד ממוקדי העניין העיקריים של המחוקק בקוד המשפחה: איסוף נתונים סדיר על הסטטוס המשפחתי של האזרחים למרשם התושבים (להלן).

34 לא החשבתי קודיפיקציות קולוניאליות, כגון החוק האנגלו-מוחמדאני בהודו. קוד דיני המעמד האישי, שחיבר קדרי פאשא במצרים ב-1875 (אל-אחכאם אל שרעיה פי אל-אחואל אל-שח'ציה) במטרה שישמש את "בתי המשפט המעורבים", הקדים את קוד המשפחה בשנים רבות, והוא משמש עד היום משפטנים ותלמידי משפט לא רק במצרים. ואולם, הוא לא יושם ב"בתי המשפט המעורבים" במצרים וגם לא אומץ באופן רשמי כחוק מדינה מאוחר יותר. ראו KENNETH M. CUNO, MODERNIZING MARRIAGE: FAMILY, IDEOLOGY, AND LAW IN NINETEENTH AND EARLY TWENTIETH-CENTURY EGYPT 158–184 (2015).

35 במאמר הסבר שבו ליווה המחוקק את פרסום קוד המשפחה הוגדרו סמכויות המנהיגים הרוחניים של הקהילות הנוצריות והיהודיות ביחס להליכי עריכת הנישואים וצוין כי סמכויות בעלות אופי משפטי שהושארו להם יילקחו מידיהם לאחר שיוכשרו לשם כך שופטים מתאימים. משתמע מכך כי בעת פרסומו של הקוד הייתה כוונה להמשיך את תהליך ההאחדה של הליכי הנישואין ולצמצם עוד יותר את תפקידי המנהיגות הקהילתית בענייני פרוצדורה בתחום זה: *Ceride-i İlimiye* 34 (December 1917), "Münakehat ve Mufarakat kararnamesi Esbab-ı Mucibe Layihası" 1004, 1007–1008.

בהקשר זה.<sup>36</sup> אחד החידושים הללו נכלל בסעיפים 130–131: הליך הבוררות בסכסוכי נישואין בין בני זוג.

ואולם, משלל החידושים שייצג קוד המשפחה, החשוב ביותר להבנת משמעותו ההיסטורית, ועם זאת המוזנח ביותר במחקר, היה עיצובו כחוק משפחה טריטוריאלי-למחצה, שהיה עשוי לשמר את ההטרוגניות הדתית של אזרחי האימפריה ובה בעת להשלים את המעבר למערכת שיפוט מדינתית אחת.<sup>37</sup> היבט זה של הקוד לא היה רק עוד רכיב חדש שלו, אלא ההיבט המהותי ביותר והציר המארגן שלו. סביבו עוצבה הקודיפיקציה כולה, והוא ייצג בכך הן את השינוי ההיסטורי שחוללו הרפורמות המשפטיות עד לאותה עת והן את מגמות השינוי העתידיות כפי שתפסו אותן המחוקקים העות'מאנים באותה עת. לא מקרה בלבד הוא, על כן, שהשינוי העיקרי שהכניסו הממשלות הקולוניאליות, שחילקו ביניהן את המרחב העות'מאני לשעבר, היה מחיקת אופיו הטריטוריאלי של הקוד תוך הצנעת משמעות השינוי.

מייד עם כניסתו של הצבא הבריטי בראשות גנרל אלנבי לירושלים, בדצמבר 1917, החלו קציני המנהל הבריטי בארגון מערכות המנהל והמשפט לקראת חידוש עבודתן (וכיד המסורת הקולוניאלית הקפידו לתאר כל תופעה שמצאו במקום ככאוטית). עוד בטרם נשלם כיבוש האזורים הצפוניים של הארץ הם כוננו את מערכת השיפוט על יסודות המערכת העות'מאנית, אך ביטלו את האחדתה בטענה שבכך הם ממשיכים מסורת עות'מאנית. בקיץ 1918 נפתחה מערכת בתי המשפט האזרחיים והפליליים, שכללה שלוש רמות שיפוט ושתי ערכאות ערעור. מבנה זה התבסס, למעשה, רק על חלק ממערכת המשפט העות'מאנית: על המערכת הניזאמית על שני אגפיה, האזרחי והפלילי, לאחר שזו עברה התאמה לתפיסת המשפט המקובל הבריטי והוכפפה למטרופולין בלונדון, כנהוג בקולוניות הבריטיות. ואולם, בתי הדין השרעיים,

36 על משמעות הקודיפיקציה של חוקים שרעיים ראו גם מוסה אבו רמדאן "מעמדו של חוק המשפחה העות'מאני" לנוכח בית הדין השרעי: תהליכי שינוי במעמדן של נשים מוסלמיות בישראל ובמזרח התיכון 49 (ליאת קוזמא עורכת, 2011). כמה חידושים מהותיים נוספים (מלבד סעיפי הבוררות, סעיפים 130–131) שנועדו לשפר את מצבן של נשים ולהשפיע על דפוסי המשפחה היו, למשל, העלאת רף המינימום לגיל הנישואים (של שני המינים, סעיף 4); אפשרות הכנסת תנאי חוסם-פוליגמיה להסכם הנישואים (סעיף 38); אפשרות לפרק נישואים בהחלטת שופט לבקשת האישה עקב מחלות מסוימות של הבעל או היעלמותו (סעיפים 119–129).

37 לקראת השלמת הקודיפיקציה, במרס 1917, הועבר ניהול בתי הדין השרעיים משרדי המופתי הראשי (Şeyhülislam) אל מיניסטרוני המשפטים. בה בעת בוטלו בתי הדין הקהילתיים האוטונומיים, ובכך הושלם תהליך ההאחדה של מערכת השיפוט. אף על פי שקוד המשפחה העניק לבתי הדין השרעיים תפקידי מנהל חדשים, וחזק בכך את מעמדם במערכת המשפט המדינתית, היסטוריונים הדגישו כי העתקת ניהולם של בתי הדין השרעיים למשרד המשפטים הצביעה על החלשתם והחלשת כוחו של המופתי הראשי. ראו למשל BERKES, לעיל ה"ש 14, בעמ' 415–417. ניתוח זה הוא תוצר הבנייתה ההיסטוריוגרפית של מערכת המשפט העות'מאנית בעקבות הרפורמות כמערכת דואלית, דתית-חילונית, כביכול. הבניה שגויה זו רווחת מאוד בשיח המחקרי (ראו לעיל ה"ש 28).

שבאימפריה העות'מאנית נתפסו כבתי משפט מדינתיים מובהקים וככאלה אף עמדו לקבל תפקידים נוספים ביישום קוד המשפחה על כלל האוכלוסייה, הוצאו על ידי הבריטים ממערכת השיפוט שכוננו. בתי הדין השרעיים הוגדרו כבתי דין "דתיים מוסלמיים" (הגדרה שלא הייתה חלק מעולם המושגים של המנהל המשפטי העות'מאני ביחס לבתי הדין השרעיים), הוצבו לצד בתי הדין הנוצריים והיהודיים, וכל אלה אורגנו ומוסדו כערוצי שיפוט אוטונומיים של העדות הדתיות לענייני מעמד אישי.<sup>38</sup>

הטענה הבריטית (שכמוה נטענה גם על ידי הצרפתים בסוריה ולבנון כשנקטו שם מהלכים דומים ביחס למערכת השיפוט וקוד המשפחה) שמדובר בהמשכת מערכת השיפוט האוטונומית בתחום דיני המשפחה על בסיס עדתי-דתי, המלֵת, שהייתה נהוגה באימפריה העות'מאנית, הייתה אפוא חסרת יסוד. מערכת השיפוט לדיני משפחה שכוננו הבריטים והדרך שבה מוסדה, ובה בעת הוחרגה, ממערכת השיפוט הקולוניאלית לא הייתה המשכה של המערכת העות'מאנית. היא לא דמתה להסדרים הקדם-מודרניים המגוונים והוורסטיליים שגובשו בהדרגה לאורך מאות שנים בין חלק מהעדות והקהילות הלא-מוסלמיות לבין שליטי האימפריה העות'מאנית. היא ודאי לא הייתה המשכה של מגמת הרפורמות המשפטיות באימפריה העות'מאנית במאה התשע עשרה, שחתרו לצמצום האוטונומיה של הקהילות הדתיות, אשר התרחבה בגיבוי של מדינות אירופה.<sup>39</sup> הבריטים, בהמשיכם בבניית מערכת המשפט, קבעו את נובמבר 1914, תאריך הכרזת האימפריה העות'מאנית על הצטרפותה למלחמת העולם לצד "מעצמות הציר", כתאריך הקובע: החוקים העות'מאניים שנחקקו לפניו נותרו בתוקף, ואילו אלה שנחקקו אחריו בטלו. בהתאם לכך, קוד המשפחה היה אמור להתבטל. בעודם עוסקים בכינונה של מערכת משפט מדינתית (בתי המשפט האזרחיים והפליליים), הכפיפו הבריטים את בתי הדין השרעיים למחלקה המשפטית הבריטית, הפקידו על המשך הפעלתם בפועל את אחד העולמא (בעלי השכלה משפטית אסלאמית) הירושלמים ופתחו בדיונים עם נכבדים מוסלמים פלסטינים על הקמת מנגנון לניהולם הקבוע של בתי הדין.<sup>40</sup> ואולם, בספטמבר 1919, עוד טרם הקמת "המועצה המוסלמית העליונה" למטרה זו, הודיעו הבריטים על החלת קוד המשפחה, למעט עניין אחד: בצו שפרסמו בנדון נקבע שהקוד יחול על מוסלמים בלבד. הקוד, שהוגדר

38 נתן ברון שופטים ומשפטנים בארץ ישראל: בין קושטא לירושלים, 1900–1930 148–151 (2008); ASSAF LIKHOVSKI, LAW AND IDENTITY IN MANDATE PALESTINE 27–33 (2006); Proclamation: Establishment of Courts (24.6.1918), בתוך BENTWICH, לעיל ה"ש 18, בעמ' 605–610.

39 ראו לעיל ה"ש 29–30.

40 URI M. KUPFERSCHMIDT, THE SUPREME MUSLIM COUNCIL: ISLAM UNDER THE BRITISH MANDATE FOR PALESTINE 18–19 (1987). ההתייעצויות והשיקולים השונים שליוו את תהליך הקמת המנגנון החלופי לניהול בתי הדין השרעיים והאוטונומיה המוסלמית החדשה בפלשתינה-ארץ ישראל נמשכו זמן רב יותר והיו כרוכים במגעים עם נכבדים פלסטינים-מוסלמים ובלבטים שונים, שתקצר היריעה מלפרטם במאמר זה.

כעת "חוק המשפחה המוסלמי", איבד את כל הפרקים והסעיפים שנועדו לחול על יהודים ונוצרים (תוכנם נמחק, אולם מספרי הפרקים והסעיפים נותרו במקומם, ריקים, עד עצם היום הזה).<sup>41</sup>

המהלך שנקטו הבריטים כאשר החילו את הקוד על המוסלמים בלבד לא היה אפוא שינוי טכני ולא תפנית קלה, אלא שינוי מהותי הרה-גורל. אימוץ הנרטיב הבריטי ביחס לשינוי זה על ידי היסטוריונים וחוקרי משפט וחברה שונים מבטא אי-הבנה היסטורית עמוקה. קו ישיר מחבר בין הקבלה הבלתי ביקורתית של הנרטיב הבריטי בנושא זה לבין האופן העיקש שבו אפיינו היסטוריונים את מערכת המשפט שכווננו הרפורמטורים העות'מאנים כמערכת דואלית, חילונית-דתית, אפיון שגוי שמבוסס אף הוא על פרשנויות של משקיפים אירופים בעלי עניין במאה התשע עשרה. קוד המשפחה לאחר השינוי שהכניסו בו הבריטים (והצרפתים) לא היה הקוד העות'מאני המקורי בהשמטת כמה סעיפים; תיאור זה הוא תיאור נטול הקשר, המחמיץ את העובדה שמערכת המשפט העות'מאנית הייתה בעיצומו של תהליך מעבר למערכת משפט מדינת אחידה, מהלך שהאימפריה נאבקה על קידומו הן כלפי פנים, במסגרת הרפורמות, והן מול מדינות אירופה. למאבק זה היו ביטויים דיסקורסיביים רבים במקורות ההיסטוריים, שחוקרים נוטים להסתמך עליהם כמות שהם, במקום לשלב בפרשנויות שלהם את זיהוי שדות השיח הללו ולנתח את האינטרסים שהם מייצגים. כך נעדרת מרוב הניתוחים ההיסטוריים המוכרים התובנה שכיבוש האזור על ידי "מדינות ההסכמה" התרחש כאשר מאמצי העות'מאנים להשלים את האחדת מערכת המשפט שלהם הגיעו לשלב מתקדם למדי, ושרק אז, תחת השלטון הקולוניאלי וביוזמתו, הפכה לראשונה מערכת המשפט העות'מאנית לשעבר בפרובינציות (אך לא באנטוליה) למערכת דואלית.<sup>42</sup>

מערכת משפט זו אומצה על ידי מדינת ישראל, ועם כל התיקונים שהוכנסו בה במרוצת תקופת המנדט ולאחר מכן, תחת שלטון ישראל, המבנה הבסיסי שלה, שהשאיר את תחום המעמד האישי לשיפוטם של בתי משפט דתיים נפרדים לקהילות השונות, לא השתנה. בבתי הדין השרעיים נוהג אפוא גם כיום "חוק המשפחה המוסלמי" במתכונת שהנהיג השלטון הבריטי, והוא מכונה בספר החוקים "חוק המשפחה העות'מאני".<sup>43</sup>

41 BENTWICH, לעיל ה"ש 18, בעמ' 58; גויטיין ובן-שמש, לעיל ה"ש 20, בעמ' 290–311.  
 42 ראו Rubin, לעיל ה"ש 28; אמיר, לעיל ה"ש 30. על מדיניות השלטון הצרפתי בסוריה בתחום זה ראו BENJAMIN T. WHITE, THE EMERGENCE OF MINORITIES IN THE MIDDLE EAST: THE POLITICS OF COMMUNITY IN FRENCH MANDATE SYRIA 162–197 (2011). לדיון ביקורתי בהיסטוריוגרפיה על מלחמת העולם הראשונה באימפריה העות'מאנית וראשית השלטון הבריטי, ראו איריס אגמון "כרוניקה של קץ ידוע מראש? המלחמה הגדולה וארגו הכלים של ההיסטוריונית" תיאוריה וביקורת 49 (2017), בדפוס.  
 43 למשל בבג"ץ הבוררת, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

### ג. מועצת הבוררות המשפחתית בסכסוכי נישואין והקשר ההיסטורי של קוד המשפחה

#### 1. הבוררות ובית הדין השרעי

לאחר שגוללתי את תולדות קוד המשפחה בהקשרו ההיסטורי, וציינתי בקצרה את השינויים שהבריטים הכניסו בו ובמערכת השיפוט העות'מאנית שירשו עם כיבוש הארץ, אתייחס במסגרת אותו הקשר למשמעות של סעיפים 130 ו-131 (שבהם עסקה פסיקת בג"ץ), על מנת לפתח ולהדגים את הטענה שבה פתחתי את המאמר. כזכור, טענתי שאת שאיפת הרפורמטורים העות'מאנים לשפר את מעמדן של הנשים בנישואין ובגירושין באמצעות קוד המשפחה יש להבין כחלק משיח האליטה בת הזמן, שעמיה נמנו המחוקקים, על אודות מקומן של נשים במשפחה ובחברה, ובמסגרת המטרות המרכזיות של הרפורמות לשינוי דפוסייה של המדינה העות'מאנית. במסגרת זו, שיפור מצבן של הנשים היה נדבך חשוב בעיצובן של משפחה וחברה מודרנית. אין להבין טענה זו כאילו אני מייחסת לרפורמטורים גישה אינסטרומנטלית לזכויותיהן של נשים, או שאיפה מחושבת ומודעת להשתמש בשיפורו של מעמד הנשים ככלי בלבד לשם השגת מטרות אחרות. לדידם, לא הייתה כל סתירה בין מטרתם להביא לשיפור במצב הנשים לבין סדר היום המשפטי-חברתי הרחב שדגלו בו. ואולם, זיהוי יחסים היררכיים בין יעדיהם השונים הוא מרכיב חיוני לניתוח ההיסטורי. הרפורמטורים היו בני הזמן, והשיח על זכויות נשים בדפוסים שאפיינו אותו בימיהם הוא שעיצב את חשיבתם בנושא. נקודה זו אולי נראית מובנת מאליה, אך עיון במחקרים היסטוריים מלמד שדווקא המובן מאליו נוטה לעיתים לחמוק מתשומת לבם של היסטוריונים. נקודה זו מחייבת הדגשה חוזרת, שכן היא משמעותית ביחס לסוגיית ההקשר ההיסטורי, המרכזית לדיון במאמר זה. שיח זכויות נשים וזכויות אדם בכלל ישתנה בהמשך המאה העשרים, ובעקבות זאת יתאפיין במקומות מסוימים בשאיפה לשוויון זכויות של נשים כתכלית לעצמה. אלא שאת זאת, מן הסתם, לא יכלו הרפורמטורים העות'מאנים ואליטות אימפריאליות אחרות בנות הזמן ברחבי העולם לדעת ולשקול. היסטוריונים, לעומת זאת, יודעים יותר ממושאי מחקרם על שינויים מעין אלה, הן בגלל פער הזמן בינם לבין מושאי מחקרם והן מתוקף עיסוקם. ואולם, אין די בידיעה; נדרשת מודעות כדי להימנע מאנכרוניזם בהערכתו של שיח זכויות נשים (או של כל נושא אחר) ובפרשנותו במסגרת הזמן והמרחב המתאימים.

סעיפים 130-131 נכללו בקוד המשפחה בפרק העוסק במצבים שבהם בית הדין פוסק פירוק נישואין. הפרק מכיל פירוט ופיתוח של שני השינויים העיקריים במעמדן של נשים בנישואין שאומצו לפני התחלת הקודיפיקציה, במרס 1916, ושסללו את הדרך למהלך הקודיפיקציה הכולל על בסיס אימוץ הלכות חוץ-חנפיות. שינויים אלה נוגעים לפירוק נישואין בבית הדין לבקשת האישה (1) עקב היעדרות הבעל ללא אפשרות לגלות מה עלה בגורלו,

סוגיה שהפכה אקוטית במלחמת העולם ובמלחמות שקדמו לה; או (2) עקב מחלות מסוימות שבהן לקה הבעל, המונעות את מימוש הנישואים ותקינותם.<sup>44</sup> סעיפים 130–131 היו חריג בפרק זה, מבחינה זו שהם לא היו חלק מהחקיקה שקדמה לקוד המשפחה. כמו כן, אף על פי שהם עוסקים בסכסוכי נישואין שהיו עשויים להסתיים בגירושין במקרים שבהם הבוררות לא הובילה לפיוס, סיום כזה לא היה עתיד לצמצם את הפער העמוק בין זכויות הבעל לזכויות האישה, שהיה מובנה בהליך הגירושין הרגיל. הליך הבוררות כשלעצמו לא הפקיע מהבעל את זכותו ליוזם את גירוש אשתו כרצונו ולא העניק לאישה זכות מקבילה ליוזמת גירושין. אם הבוררים היו ממליצים על גירושין ומוצאים כי האישה, מבין שני בני הזוג, היא שאחראית לתוצאה זו, השופט היה אמור לפרק את הנישואין, אך אז היה על האישה לוותר על זכויותיה הממוניות בגירושין, או על חלקן (ח'לע), כמו בגירושין ביוזמתה ללא בוררות. עם זאת, תוצאת לוואי של מימוש סעיפים 130–131, שייצגה שינוי מסוים, הייתה שהליך גירושין זה הובא לבית הדין תחילה כסכסוך בין בני הזוג, ורק אם נכשל הפיוס בהליך הבוררות, הסתיים הסכסוך בגירושין.

אם כן, מה היה החידוש? כמו רוב היחסים החברתיים שהוסדרו באימפריה העות'מאנית לפני הרפורמות במסגרת דיני המשפחה (ולאמיתו של דבר, גם כמו הליכים בתחומים רבים אחרים), הליך גירושין אֶפְשֵׁר, אך לא חייב, פנייה לערכאות או רשויות שלטון אחרות ולא חייב דיווח ורישום. אקט הגירושין היה זכות חד-צדדית של הבעל, והוא היה רשאי לממשה בהבל פיו בלבד. כל שהיה עליו לעשות הוא להודיע לאשתו על החלטתו באמצעות קריאת הגירושין (טלאק). אם חזר על הקריאה שלוש פעמים ולא חזר בו עד תום תקופת המתנה בת שלושה חודשים (עדה), נכנסו הגירושין לתוקפם, כולל התנאים הכלכליים שנקבעו בהסכם הנישואין המקורי או בעת הגירושין (מוהר דחוי לאישה ומזונות לילדים שנולדו לזוג, אם בשל גילם הצעיר נשאר בחזקת אימם). לעומת זאת, אם אישה הייתה מעוניינת בגירושין, היא נזקקה להסכמת בעלה וזו, אם ניתנה לה, ניתנה בתמורה לויתורה על המוהר או חלקו ולעיתים אף הותנתה בפיצוי נוסף. גירושין מסוג זה (ח'לע) אף הם לא חייבו פנייה לערכאות.

44 *Düstur*<sup>2</sup> 8, no. 305, *İrade-i saniye* 478–482 (7 March, 1916); *Düstur*<sup>2</sup> 8, no. 390, *İrade-i saniye* 853–857 (23 March, 1916). אני מוצאת לנכון לחזור ולהדגיש בפתחו של חלק זה במאמר כי הניתוח להלן מתייחס רק לנוסח המקורי של קוד המשפחה מ-1917 ולהקשר של חקיקתו באותה עת, כחלק מהרפורמות המשפטיות העות'מאניות. התייחסויות לפרקטיקה השיפוטית בבתי הדין השרעיים השזורות בדיון מתייחסות לבתי דין שרעיים עות'מאניים בלבד. חוקרי בתי הדין השרעיים בישראל מכירים את הפרקטיקה השיפוטית של יישום החוק במתכונתו הקולוניאלית בהקשר של מערכת המשפט הישראלית. בנסיבות אלה, יש להניח שהידע והניסיון המצטברים מיישום סעיפי הבוררות בסכסוכי גירושין או סעיפים אחרים יובילו למסקנות שונות ביחס להשלכות החוק מאלה שהפרשנות להלן מציגה. ואכן, אחת המטרות המרכזיות של מאמר זה היא לחשוף את השונות הזו, שמקורה בהקשר ובנסיבות ההיסטוריות שהשתנו ב-100 השנים שחלפו מאז פרסום קוד המשפחה המקורי.



אחת המשמעויות של פנייה לבוררות שהוכנסה לקוד המשפחה הייתה אפוא שבניגוד לעבר, אם הבוררות לא הסתיימה בפיוס בהתאם למטרתה המוצהרת, הליכי הגירושין היו עתידים להתנהל בבית הדין השרעי. ככל שבני זוג רבים יותר עתידים היו לפנות לבוררות, אם בתוקף דרישות החוק או מסיבה אחרת, כך הליכי גירושין רבים יותר היו עשויים להגיע לפתחו של בית הדין. זו אינה נקודה זניחה. פרט לשינוי זה שהבוררות הייתה צפויה לחולל מעידה פתיחת ערוץ הבוררות בקוד המשפחה גם על השינוי שבית הדין השרעי עבר בתקופת הרפורמות, עוד טרם קודדיפיקציית דיני המשפחה, כשהרפורמטורים הפכוהו ממוסד שיפוט ריאקטיבי למוסד פרואקטיבי יותר ויותר. בה בעת ממחישה הבוררות את אחת המטרות המרכזיות של קוד המשפחה שבמוקד דיון זה: פיקוח המדינה על יחסי המשפחה ומעורבותה בעיצובם. סעיף אחר בקוד המשפחה, סעיף 110, הטיל על בעלים שגירשו את נשותיהם חובת דיווח על הגירושין לבית הדין (ונוהלי הדיווח של בית הדין למרשם התושבים הכתיבו את העברת המידע לרשויות). הבוררות בסעיפים 130–131 הייתה מבחינה זו צעד משלים לפיקוח על גירושין. נוסף על כך שעצם הפנייה לבוררות משמעותה הייתה שהליכי גירושין רבים יותר ינוהלו בבית הדין ותיעודם אצל רשויות המדינה יובטח, הבוררות עצמה פתחה בפני בית הדין, כזרוע של המדינה, אפשרות להתערב בעיצוב המשפחה, בין אם באמצעות יישוב סכסוך הנישואין או בפסיקת גירושין ובעקבותיה – פיקוח על מימושם.

## 2. קודיפיקציה וצמצום הפלורליזם המשפטי

בטרם אמשיך בדיון על משמעות הבוררות מבחינת הבניית המשפחה ויחסיה עם המדינה, אקדיש כמה מילים למתודה של ליקוט כללים מהאסכולות הסוניות השונות (תַּחְיָר) וצירופם בחוק אחד, ללא עמדת עדיפות לאסכולה מסוימת (תַּלְפִּיק) שאומצה לצורך חיבורו של קוד המשפחה. כפי שהוזכר כבר לעיל, שיטה זו נחשבת לאחד החידושים החשובים של קוד המשפחה, בהיותה הכלי העיקרי שבאמצעותו גישר המחוקק העות'מאני בין שתי מטרות מנוגדות לכאורה: האחת – הותרת דיני המשפחה השרעיים על כנם כבסיס החקיקה, והאחרת – הסרת המכשולים המוכּנים שדינים אלה הציבו בדרך לשיפור מעמדן של הנשים במשפחה ולהשגת איזון מסוים ביחסי הכוח המגדריים שבה. ואולם, זוית ראייה נוספת וחשובה להבנת המשמעות של שילוב דינים מאסכולות שונות נוגעת כולה למטרה הראשונה, דהיינו למהותה של קודיפיקציה של דינים שרעיים. המעבר משיטת גיבושה של הפסיקה השרעית לפסיקה המבוססת על קוד היה מעבר רב־משמעות. שיטת הפסיקה השרעית התבססה על ברירה מורכבת מתוך מאגר עצום של אפשרויות הלכתיות. בפועל, מגוון האפשרויות שיושמו בכל מקום וזמן היה מצומצם הרבה יותר, אולם פוטנציאל ההתאמה של פסיקות וחוות דעת הלכתיות למציאות המשתנה תדיר היה כמעט בלתי נדלה. במסגרת זו, הפרקטיקה המשפטית הותירה מקום לגמישות וחפיפה בין אסכולות ההלכה השונות. כך, למשל, אף על פי שהאסכולה החנפית הייתה האסכולה הרשמית באימפריה העות'מאנית, שופטים ומופתים שהיו אמונים על אסכולות אחרות פעלו במקומות שונים ברחבי האימפריה, ניהלו משפטים או נתנו

חוות דעת הלכתיות (בהתאמה) על בסיס האסכולות שלהם. מצב זה הציע פתרונות מעשיים למצוקות שנוצרו עקב המגבלות ההלכתיות שהציבה האסכולה החנפית. מגבלה מוכרת כזו הייתה, למשל, היעדר מוצא חוקי שיאפשר לבית הדין השרעי להיענות לבקשת אישה לפירוק נישואין משום שנקלעה לנישואים שנסיבותיהם מנעו ממנה לקבל את הסכמת הבעל לפירוקם. למשל, מקרים שבהם הבעל נעדר ולא הייתה דרך לגלות היכן הוא ואם עודנו חי (מקרים שעקב מלחמות המחצית השנייה של המאה התשע עשרה תכפו והלכו) נמנו עם סוג מצבים זה. יתר אסכולות ההלכה הציעו פתרונות לכך, בעוד האסכולה החנפית הותירה נשים כאלה ללא פתרון. מחקרים היסטוריים הראו כי בפועל, נשים במצבים כאלה פנו במאות הקודמות לשופטים מאסכולות אחרות, ופסיקותיהם בזכות פירוק הנישואין והכרה בנשים כגרושות או אלמנות (מעמד ששיפר מיידית את מצבן הכלכלי והחברתי) הוכרו למעשה, ולעיתים אף קיבלו הכרה הלכתית בדיעבד.<sup>45</sup> פלורליזם משפטי זה, אף כי לא סיפק פתרונות גורפים ולא תמיד הבטיח פתרון כלל, אפשר מרחב לא מבוטל של תמרון וגמישות בפועל.

הקודיפיקציה, בהיותה מעבר למשפט סטוטורי ולמרחב פסיקה מוגדר מראש, ייצגה מעין היפוך של שיטת הפסיקה השרעית. בתהליך הקודיפיקציה נבחרו הכללים ההלכתיים שלפיהם תינתן הפסיקה בכל נושא ונוסחו כחוקים פוזיטיביים. בעקבות זאת, כללים רבים אחרים מן המאגר ההלכתי נותרו מחוץ לקוד. בכך נחסמה במידה רבה הגמישות שאפיינה הן את מגוון ההלכות של האסכולה הרשמית והן את אפשרות הפנייה לשופטים ומופתים מאסכולות אחרות. אני טוענת שבאמצעות שילובם של כללים מכל האסכולות בקוד המשפחה ננקט מעין אקט של פיצוי על אוכדן הפלורליזם המשפטי, שאפיין את השיטה הקודמת. במילים אחרות, בעוד הקודיפיקציה עצמה הייתה בגדר חידוש מובהק, הליך הברירה של חוקים גם מאסכולות אחרות החליף בקוד, במידה מסוימת, את פרקטיקת הפנייה לשופטים ופוסקי הלכה מאסכולות אחרות, ובכך הוא ייצג גם המשכיות של השיטה הפלורליסטית הקודמת. במבוא למג'לה הדגיש ראש ועדת המג'לה, אחמד ג'וּנְת פאשא, כי נבחרו לקוד חוקים מהאסכולה החנפית בלבד וכי הבחירה התבססה על הלכות הפוסקים הגדולים של האסכולה, שהיו מקובלות על המופתי הראשי של האימפריה ואנשי המנהל המשפטי שלו. עם זאת, הוסיף, בכמה מקרים הוכנסו למג'לה חוקים שהתבססו על פוסקי הלכה חנפיים שעמדתם הייתה מקובלת פחות, וזאת כאשר עמדות אלה התאימו יותר לצורכי הזמן.<sup>46</sup> כך, קוד המשפחה, שכזכור נתפס כחלק מההשלמות

45 ראו למשל Tucker, לעיל ה"ש 5, בעמ' 12–14; Selma Zečević, *Missing Husbands, Waiting Wives, Bosnian Muftis: Fatwa Texts and the Interpretation of Gendered Presences and Absences in Late Ottoman Bosnia*, in *WOMEN IN THE OTTOMAN BALKANS: GENDER, CULTURE AND HISTORY* 335–360 (Amila Buturović & Irvin Cemil Schick eds., 2007).

46 Istanbul, Mecell-i Ahkam-i Adliye 12 (1884). נראה שבפועל ג'ודת פאשא לא חשף במלואם בטקסט המבוא למג'לה את מהלכיה של ברירת הדינים השרעיים שוועדת המג'לה ערכה, וכבר בחיבור המג'לה הוכנסו, לפי אותו עיקרון של התאמה לצורכי הזמן, כמה כללים מאסכולות אחרות. ראו Anderson, לעיל ה"ש 5, בעמ' 24–25.

הנחוצות למג'לה, הרחיב למעשה את הטכניקה שנקטה במג'לה לאסכולות האחרות גם באופן מוצהר.

כאן אולי המקום להעיר בנוגע לפסק הדין של בג"ץ, כי בדחותם את הטיעון של בית הדין השרעי לערעורים – שיש להכריע בשאלת הבקשה למינוי בוררת-אישה לפי עמדת האסכולה המאלכית, משום שסעיף 130 מבוסס על פרקטיקה מאלכית – ביטאו לדעתי שופטי בג"ץ (וכן העותרת והיועץ המשפטי לממשלה, שעמדותיהם המנומקות מצוטטות בפסקת בג"ץ) הבנה היסטורית-משפטית עמוקה יותר מזו שביטאה שיטת ההסקה שנקטו שופטי בית הדין השרעי לערעורים. מרגע שנעשה המעבר לקוד ונבחרו החוקים הכלולים בו, הפך המבחר הזה למאגר כללים בעל שלמות פנימית השונה מהותית ממאגר הכללים שאותם חוקים היו חלק ממנו לפני הקודיפיקציה. זו משמעותו העקרונית של המעבר לקוד, כשיטה. זו איננה רק מעטפת שאפשר לקלפה ולהתעלם ממנה, כאילו הצורה אינה חלק מהתוכן.<sup>47</sup> הדעת נותנת שבעקבות המהלך שנקטו המחוקקים העות'מאנים כשהעבירו את הכללים השרעיים למבנה של חוק פוזיטיבי ושאו כללים אלה מאסכולות שונות, מקורם של סעיפי הקוד באסכולה זו או אחרת, או בדעתו של פוסק הלכה שרוב או מיעוט של פוסקי הלכה קיבלו אותה, יאבד את מעמדו כשיקול רלוונטי בהכרעה בסוגיית הפרשנות של סעיף זה או אחר של הקוד. ואם כבר מחפשים תשובה היסטורית לשאלה פרשנית כגון זו שעלתה במסגרת העתירה, מטרת בחירתם של יוצרי קוד המשפחה בפרקטיקה המאלכית רק לסעיף 130 (ולא בשלל העמדות ההלכתיות של אסכולה זו) מתאימה יותר כסימוכין היסטוריים לשאלה המשפטית בהווה, אם מינוי אישה כבוררת קביל אם לאו. כאמור, שיקוליה של ועדת קוד המשפחה נבעו מהניסיון לצמצם את ההטיות המגדריות של דיני המשפחה השרעיים לרעת הנשים ולעצב בהתאם לכך, כפי שאראה להלן, את דפוסי המשפחה. היגיון זה מחזק מסקנה שיש להחיר מינוי אישה-בוררת, כפי שפסק בג"ץ (על בסיס נימוקים אחרים, שמקורם בחקיקה הישראלית), לאחר שהוברר כי אין מדובר בפרשנות נוגדת-שריעה.

### 3. שלום בית והבניית המשפחה

הליך הבוררות שנדרש בקוד המשפחה היה מבוסס, כאמור, על פרקטיקה מאלכית, אסכולה שנפוצה בעיקר בצפון אפריקה. פרקטיקה זו לא הייתה קיימת באסכולה החנפית, האסכולה הרשמית של האימפריה העות'מאנית. הבחירה בה על ידי מחברי הקוד מעידה אפוא על כוונתם, או עמדתם, שייחסה חשיבות כלשהי לאקט הבוררות. על טיבה של חשיבות זו אנסה לעמוד להלן.

<sup>47</sup> על היגיון זה עצמו מתבססת גם הטענה שלי שהקוד שהבריטים החילו על המוסלמים ושמדינת ישראל ירשה מהם איננו הקוד העות'מאני. הקוד העות'מאני חל על כל האזרחים, והיה קשר מהותי בין חלקיו השונים. צמצומו למוסלמים בלבד לא היה אפוא שינוי טכני, אלא שינוי מהותי.

כזכור, סעיף 130 קבע שבני זוג נשואים שאחד מהם פנה לבית הדין לאחר שהתגלע ביניהם סכסוך (נזאע נְשָׁאָק), השופט ימנה עבורם שני בוררים, האחד ממשפחת הבעל והאחר ממשפחת האישה. הבוררים היו אמורים להיות בעלי תכונות הולמות למילוי התפקיד. תכונות אלה לא פורטו (ולא הוזכר גם כל ידע משפטי, או אחר, שנדרש מהם). תפקידם היה לנסות, קודם כול, ליישב את הסכסוך. אם התברר כי לא ניתן ליישבו, היה עליהם לקבוע מי מבני הזוג גרם לסכסוך או מנע את יישובו, להטיל עליו או עליה את האחריות לגירושין ולהגדיר בהתאם את ההשלכות הממוניות שיהיו לכך. אם הבעל יזם את הגירושין ולא חזר בו בעקבות הבוררות, עתיד היה הדבר לגרור את השלמתו של הליך גירושין חד-צדדי רגיל, שבעקבותיו היה על הבעל לשאת בתשלומי המוהר ושאר התנאים הממוניים הנדרשים בגירושין. אם האישה הייתה היוזמת, היה עליה לוותר על המוהר או חלקו (גירושי ח'לע). במקרה של אי-הסכמה בין הבוררים, או אי-התאמתם לתפקיד, היה על השופט למנות אחרים, או בורר שלישי במקומם, לאו דווקא בן משפחה. מסקנות הבוררים ביחס לגירושין, אם מאמצי הפיוס שלהם לא צלחו, אמורות היו להירשם כהחלטת בית הדין על פירוד (טלאק באין, סעיף 131). בעתירה שהגיעה לבג"ץ, הפרשנות של אופי תפקיד הבוררים ושל מעמד השופט ביחס להחלטתם הייתה סלע מחלוקת מרכזי נוסף. להיבט זה של המחלוקת לא אדרש כאן, היות שאינו נוגע לשאלות שבמוקד מאמר זה.

מעבר להשלכות הבוררות על ניהול הליכי גירושין בבית הדין, שעליהן עמדתי לעיל, יצירת מסגרת בוררות משפחתית כחלק מהליך של פתרון סכסוכי נישואין בחסות בית הדין השרעי מעניינת מבחינה נוספת, העומדת במוקד הפרשנות ההיסטורית שלי לקוד המשפחה. מדובר בפרוצדורה שמטרתה המוצהרת הייתה למנוע גירושין ולהשיג שלום בית בתיווכו ובפיקוחו של בית הדין כמוסד במערכת המשפט המדינתית. מבחינת השאיפה להביא ליתר-איזון ביחסים בין גברים לנשים בנישואין ובגירושין, לא הייתה בבוררות עצמה תכונה מובנית התורמת לחיזוק מעמדן של הנשים במשפחה.<sup>48</sup> על מנת שהבוררות תפעל לתיקון ההטיה המגדרית השרעית נדרשו תנאים חברתיים ומשפטיים נלווים שיחזקו כיוון כזה. המסמכים הנלווים לקוד המשפחה לא כללו תקנות בתחום זה, ואילו עצם זיהוי הצורך בתיקון ההטיה המגדרית מעיד דווקא על היעדרם של תנאים סביבתיים מעין אלה, שהרי ההטיה המגדרית לא התקיימה בשיח המשפטי השרעי בלבד. היא נפוצה במרחב החברתי-תרבותי כולו, בכלל זה בזירת המשפחה המורחבת, הפטריליניאלית, שבה אמורה הייתה הבוררות להתממש. יתרה מזאת, בשל הזכויות החד-

48 מוסה אבו רמדאן מציין כי חשיבותו של סעיף 130 היא בהכרה בקיומו של סכסוך בין בני זוג כעילה לגירושין. ראו אבו רמדאן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 60-61. מהסבר זה משתמע שהחידוש היה בכך שנשים יכלו לזכות בדרך זו בפירוק נישואין שחפצו להיחלץ מהם בבית הדין (גברים הרי לא נזקקו לעילה לגירושין). יתכן שמסקנה כזו עולה מהפרשנות של סעיפי הבוררות בפרקטיקה של בתי דין שרעיים קונטמפורניים בישראל או במדינות אחרות, אולם מסעיפי הבוררות בקוד המשפחה המקורי כשלעצמם לא משתמעת הכרה כזו.

צדדיות של הגבר לגרש את אשתו והמחיר שהיה על אישה שרצתה בגירושין לשלם כדי לקבל את הסכמת בעלה לכך, אישה שמאסה בנישואיה נקטה לעיתים, כפי שעולה מעדויות אודות הפרקטיקה המשפטית בבתי הדין השרעיים בני הזמן, אסטרטגיה שנועדה לדחוף את הבעל לגרשה ביוזמתו. היא עשתה זאת כדי להימנע מהנזק הכלכלי שהיה צפוי לה מגירושין ביוזמתה הישירה, וקבלת הסכמת הבעל (ח'לע).<sup>49</sup> במסגרת פרקטיקת הבוררות שהכניס הקוד החדש היו הבוררים עלולים לחשוף כוונת אישה להפעיל לחץ עקיף על הבעל אצל זוג שהגיע לבית הדין עקב סכסוך שפרץ ביניהם, או היו עלולים לייחס לה כוונה כזו, בשל התרשמותם מיחסיה הקלוקלים עם בעלה וחוסר נכונותה לקבל את התנאים לשלום בית. התרשמות כזו הייתה עלולה להוביל להחלטת הבוררים על גירוש ח'לע, ובכך הייתה נגזלת מאישה כזו האסטרטגיה החברתית היעילה ביותר שעמדה לרשותה לאזן בכוחות עצמה את ההטיה המגדרית. מנגד, בנסיבות מסוימות היו מקרים שבהם הבוררות אכן הייתה עשויה להיטיב את מצבה של אישה ולצמצם את עמדת הנחיתות המובנית שלה. כמו כן, לכאורה, הבוררות הייתה עשויה לשפר את מצבה של אישה שהייתה מעוניינת בגלוי לסיים את הנישואין ולשלם על כך בעוד בעלה סירב בכל מחיר לגרשה, אפילו בגירוש ח'לע. במקרים כאלה היה, באופן עקרוני, סיכוי שהבוררים ישתכנעו כי רצונה של האישה בגירושין מוצדק ואף יפטרו אותה מויתור על זכויותיה הממוניות בגירושין. כך או כך, קשה לייחס לפרקטיקת הבוררות יתרון מובהק מזווית הראייה של שיפור מצבן של נשים בגירושין.

אם בוחנים את סדרי העדיפויות בסעיף 130 ומביאים בחשבון את מאפייניו של שיח המשפחה השרעי כפי שהוא מתגלה בתיעוד הפרקטיקות החברתיות-משפטיות שרווחו בשלהי התקופה העות'מאנית,<sup>50</sup> נראה כי ההיבט המרכזי של הבוררות היה הניסיון למנוע את שיעורי הגירושין או לצמצמם ולערב בדרך זו את המדינה בעיצוב דפוסי המשפחה. בהקשר זה, חשוב להבחין כי המחוקק לא התערב במבחר סוגי הגירושין שעמדו להינקט בעקבות בורות לפי סעיף 130, אם לא יושג בה שלום בית; הוא לא צמצם את היעדר האיזון המגדרי המובנה בגירושין. יתר על כן, פרקטיקת הבוררות הייתה בעלת מאפיינים פטריארכליים מוכנים, משום שהגדרת מועצת הבוררות כמורכבת מנציגי משפחות בני הזוג משמעותה המעשית הייתה שהבוררים יהיו גברים מהמשפחות המורחבות של בני הזוג.

אם כך, אפשר לטעון שבחירה לכלול בקוד את סעיפי הבוררות מחייבת לשקול מחדש את הפרשנות המקשרת בין תכניו של קוד המשפחה לבין חיזוק הדפוס של המשפחה הגרעינית. מדוע? כאן נדרשת הבהרה מסוימת. הבניית המשפחה בשיח השרעי הדגישה את מעמדה של

49 במחקרי הקודם הראיתי כי לא רק שנשים עשו שימוש באמצעים מעין אלה בבואן לבית הדין בתואנות שונות שנועדו להפעיל לחץ על בעליהן, אלא ששופטים שרעיים זיהו מצבים מסוג זה וניהלו את הדיון המשפטי כך שיתן מענה לנשים שנקלעו למצוקה קיצונית בנישואיהן. ראו AGMON, לעיל ה"ש 9, בעיקר פרקים 5-6.

50 ראו למשל שם.

המשפחה המורחבת כמשפחה פטרייליניאלית (המבוססת על ייחוס לאב) ופטריארכלית (המנוהלת על ידי אבי המשפחה ובהיעדרו – קרוביו הגברים הבוגרים). הארעיות המובנית של מסגרת הנישואין השרעית, שאתייחס אליה בהמשך המאמר, הייתה קשורה בין היתר בכך שהרעיה, עם נישואיה, לא הפכה חברה במשפחה המורחבת של בעלה (אלא אם כן היו השניים בני אותה משפחה מורחבת מלכתחילה) – לא בשמה, לא בייחוסם של ילדיה העתידיים ולא ברכושה. הענקת מעמד של בוררים לקרובי המשפחה של בני הזוג משמעותה המעשית הייתה אפוא שסכסוכי נישואין שיגיעו לבית הדין יובילו בסבירות גבוהה למינוי אבותיהם של בני הזוג לבוררים, ובהיעדרם – למינוי קרובים אגנטיים אחרים (דודים או אחים בוגרים). בשל הטיה מגדרית מובנית זו לרעת הנשים, הסיכוי ששלוש הבית שיושג (אם יושג) בעזרת בוררים אלה יתחשב בצרכיה ורצונה של האישה, ויחזק בכך את האיזון המגדרי ובעקיפין גם את הבניית המשפחה הגרעינית, היה קטן. אלא שאם מזהים כי הבחירה לכלול את סעיפי הבוררות בקוד המשפחה מחלישה את הפרשנות בדבר שאיפת המחוקקים לחזק את מודל המשפחה הגרעינית מנימוקים אלה, הרי ודאי שהיא מטילה ספק במסקנה המייחסת למחוקק מאמץ לשפר את מצבן של נשים באופן כללי.

בנקודה זו יש לצרף להתלבטות הפרשנית כמה שיקולים נוספים. ראשית, יש להזכיר כי משהחלט שקוד המשפחה יתבסס על מסגרת דיני המשפחה השרעיים, כל הכללים שהרכיבו אותו היו אמורים להישאב ממאגר זה וממנו בלבד (ולאור זאת, עשויים כמה סעיפים נוספים בקוד המשפחה להיראות מאולצים).<sup>51</sup> שנית, בעצם קיומן של סתירות בין היבטיו השונים של החוק ואף בין מטרותיהם של מחבריו אין רבותא. היה מפתיע אילו לא התגלו סתירות מעין אלה. ושלישית, במקרה זה, לעובדה שהבוררות המשפחתית נחזית להיות פרקטיקה שמעודדת מגמה המנוגדת למאמציהם של מחברי הקוד לשיפור מעמדם של נשים יש פנים נוספות מבחינת הסוגיה הנדונה כאן: מהפרשנות שהצעתי לעיל עולה, כאמור, כי הענקת שיקול דעת לבוררים

51 כזכור, ההחלטה לבסס את קוד המשפחה על דינים שרעיים קיימים נכללה בהנחיות לוועדת קוד המשפחה (לעיל ה"ש 31–32). במסגרת הנתונה של דינים שרעיים עשו חברי ועדת הקוד ניסיונות לצמצם את השפעתם של כמה מהמכשולים העיקריים בדרך ליתר איזון מגדרי, כאשר גם מאגר ההקלות שהאסכולות השונות הציעו לא פתר את הבעיה. חלק מהפתרונות שגיבשו היו מסורבלים למדי. בדוגמה בולטת לכך אפשר להבחין בסעיף 38, שבו ניסו המחוקקים לעקוף את בעיית הפוליגמיה. ביטול גורף לא היה בנמצא באף אסכולה. הפתרון שסעיף זה הציע, על סמך פרשנות הלכתית קיימת, היה להתיר לנשים להכניס להסכם הנישואין תנאי מיוחד, שלפיו אם יבחר הבעל לשאת אישה שנייה על פניה, היא (או צרתה) תהפוך אוטומטית גרושה. בטקסט המקורי של הקוד ניסוח סעיף זה מסורבל וקשה להבין את משמעותו. בתרגום לערבית, שהסתמך כנראה על הבהרות המחוקק, הניסוח מבהיר את הכוונה. ואולם, מעבר לניסוח, אף על פי שמבחינת מטרות המחוקק סעיף זה הכניס שינוי מסוים, לא נפרץ העיקרון שהחיקה נשאת במסגרת הדינים השרעיים והפוליגמיה נותרה על כנה. איידן מתאר חילוקי דעות ומאבק בין חברי ועדת הקוד בנושא זה. ראו AYDIN, 1985, לעיל ה"ש 5, בעמ' 178–180. להמחשת אופייה הפטריארכלי של מועצת הבוררות המשפחתית ראו בסרט התיעודי "Divorce Iranian Style", לעיל ה"ש 6.

בהחלטה על גירושין ועל הגדרת סוג הגירושין (עם תנאים כספיים לאישה או בלעדיהם) במקרה שיישוב הסכסוך נכשל, הייתה בעלת פוטנציאל להרע את מצבה של האישה בגירושין או לפחות לא לשפר אותו. אם מניחים, כמקובל, כי מטרת המחוקקים הייתה לשפר את מצב הנשים במשפחה, הפרשנות לעיל תומכת בטענתי שהצד הבולט שהבוררות הוסיפה לקוד המשפחה היה הניסיון למנוע את ממדי הגירושין או לצמצמם. עם זאת, מאחר שבתנאים החברתיים שהתקיימו בתקופה הנדונה, צמצום ממדיהם של הגירושין לא היה עתיד לשפר בהכרח את מצבן של נשים במשפחה, נדרשת בדיון על משמעות הבוררות (והקוד באופן כללי) הבחנה בין שתי מטרות נפרדות – צמצום גירושין ושיפור מצבן של נשים בנישואין. סעיפי הבוררות מלמדים, לדעתי, על היררכיה בין השניים, היררכיה שבה, לדידו של המחוקק, מניעת גירושין הייתה חשובה יותר והייתה אף עשויה לבוא על חשבון שיפור מצבן של נשים, גם במחיר חיזוק מסוים של הבניית המשפחה הפטריליניאלית המורחבת.

פרשנות אפשרית נוספת מסתמנת כאשר בוחנים את הסוגיה מזווית ראייה אחרת. הסתירה הפנימית שמתגלה בסעיפי הבוררות עשויה להתפרש כניגוד מובנה בין חלק ממטרות החקיקה (ובהקשר זה שיפור מצבן של הנשים וצמצום הגירושין נמצאים באותה קבוצת מטרות) לבין החלטת המחוקקים לערוך את הקודיפיקציה במסגרת שיח המשפחה השרעי, שאותו, בין היתר, היא נועדה לשנות. כדרכם של חוקים, גם קוד המשפחה היה תוצר של דיונים וויכוחים בין חבריה של ועדת הקוד, שהשקפותיהם והצעותיהם בתהליך הקודיפיקציה לא היו אחידות והפתרונות שגיבשו היו מבוססים על פשרות ועל התחשבות בלחצים פוליטיים שונים.<sup>52</sup>

ונקודה אחרונה בנושא זה, לפני שאתייחס, לסיום, לצמצום הגירושין בהקשר כללי יותר. אימוץ מסגרת הבוררות המאלכית עשוי להאיר את שאלת הבניית של המשפחה כגרעינית או מורחבת באור נוסף: הליכי גישור ובוררות (צלח, קרי סלח) התקיימו בחברות העות'מאניות באופן לא פורמלי, עם או בלי קשר לבית הדין השרעי, במשך דורות, כמעט בכל היבט של היחסים החברתיים, לאו דווקא בסכסוכי משפחה. מחקרים המבוססים על רשומות בתי הדין השרעיים העות'מאניים חשפו עדויות רבות לכך שהליכי יישוב סכסוכים בתוך בית הדין השרעי היו חלק מפרקטיקות של בוררות וגישור שהתקיימו מחוץ לזירת בית הדין (שם הן בדרך כלל לא תועדו, או תיעודן לא נשמר). חלק מההליכים האלה התחילו בבית הדין והמשיכו מחוץ לו, בעזרת נכבדים או בני משפחה; חלק אחר החל כבוררות פרטית והגיע בהמשך לתיעוד, או קבלת גושפנקה חוקית בבית הדין השרעי.<sup>53</sup> מבחינה זו, סעיפי הבוררות הכניסו לבית הדין פרקטיקה מנהגית והעניקו לה מעמד רשמי, אך בה בעת הם הכפיפו אותה להשגחת השופט

52 ראו בעניין זה לעיל ה"ש 51, בעיקר ההפניה לתיאור המחלוקת בוועדת הקוד בנושא הפוליאגמיה שנתן איידן, שלא הייתה המחלוקת היחידה.

53 ראו למשל Işık Tamdoğan, *Sulh and the 18<sup>th</sup>-Century Courts of Üsküdar and Adana*, 15 *ISLAMIC L. & SOC'Y* 55 (2008); HÜLYA CANBAKAL, *SOCIETY AND POLITICS IN AN OTTOMAN TOWN: AYNTAB IN THE 17<sup>TH</sup> CENTURY* (2007).

ואפשרו לו, כנציג המדינה, פיקוח עליה והתערבות בה. מזווית ראייה זו היה זה אפוא מהלך נוסף של התערבות המדינה בעיצוב דפוסי המשפחה ברוח יעדיה של האליטה הביורוקרטית העות'מאנית.

אסיים את הדיון בסוגיה של מניעת הגירושין ובדרכים שבהן היא מחברת את פרקטיקת הבוררות להקשר ההיסטורי של קוד המשפחה. מניעת גירושין עשויה להיראות לקוראים כיעד המבטא חזוקת תפיסה מסורתית מושרשת, המייחסת למסגרת הנישואין ושימורה חשיבות עליונה, כמעט בכל מחיר. ואכן, בשיח חכמי ההלכה לדורותיהם על דיני המשפחה השרעיים גירושין נתפסים כדבר שלילי ולא רצוי. אחת הנטיות שאפיינו את התפתחות המחקר על המשפט האסלאמי היא התפיסה כי המשפט האסלאמי הוא "משפט של משפטים" (כלומר מלומדים, חכמי הלכה) ורואה במקורות נורמטיביים בלבד (בהכללה; יש כמובן יוצאים מן הכלל) מקורות שמהם אפשר וצריך ללמוד על התפתחותו. עד לשנים האחרונות, מקורות על אודות הפרקטיקה המשפטית תפסו, אם תפסו, מקום שולי במחקרים על התפתחות המשפט האסלאמי. החוקרים המתעניינים במקורות האמפיריים על אודות הזירה המשפטית כזירה של התרחשות משפטית-חברתית הרלוונטית להתפתחות המשפט באו בעיקר מקרב ההיסטוריונים החברתיים ומקרב הסוציולוגים והאנתרופולוגים של המשפט.<sup>54</sup> נושא זה, כשלעצמו, מורכב יותר מהתיאור הלקוני לעיל, אך הרחבתו חורגת ממסגרת הדיון במאמר זה. ואולם, חשוב לציין את הפערים המתגלים בין חוקרי משפט אסלאמי המגיעים ממסורות המחקר השונות הללו – משפט אסלאמי, היסטוריה חברתית-משפטית ואנתרופולוגיה של המשפט – מבחינת הנחות המוצא, השאלות והמסקנות שלהם על מושאי מחקרם המשותפים או המשיקים אלו לאלו. בהקשר הנדון כאן, אף על פי שהמאמר מנתח טקסט נורמטיבי, אין מדובר בניתוח טקסטואלי הלכתי; ניתוחם של קוד המשפחה וסעיפי הבוררות משוקע בידע המצטבר ממקורות היסטוריים אמפיריים (רשומות בתי דין שרעיים ומקורות רבים נוספים על חיי היומיום של המנהל המשפטי העות'מאני), ממחקרים סוציו-לגאליים על מערכת המשפט העות'מאנית וממחקרים היסטוריים בכלל. במקורות אלה קשה לאתר ראיות שניתן ללמוד מהן על הגישה הנורמטיבית השוללת, או למצער אינה רואה בעין יפה, גירושין, גישה שקיימת בספרות ההלכה האסלאמית. התמונה שעולה מרוב המחקרים המבוססים על רשומות בתי הדין השרעיים העות'מאניים, ממגוון מקומות ותקופות, היא שגירושין, פירוד ללא גירושין ופוליגמיה (בעיקר סדרתית, נישואים לאישה שנייה וגירוש הראשונה) רווחו ברוב שכבות החברה. השופטים השרעיים, שהיו אמונים על יישוב סכסוכים, לא הותירו ברשומות בתי הדין ראיות וניסוחים המצביעים על כך ששימור הנישואין כשלעצמו היה מטרה שהם חתרו להשיגה בפסיקותיהם, או אידיאל שהם פעלו לאשש בתיעודן. גם כאשר מביאים בחשבון את ההטיה המובנית במקורות משפטיים

Iris Agmon & Ido Shahaar, *Shifting Perspectives in the Study of Shari'a Courts: Methodologies and Paradigms*, 15 ISLAMIC L. & SOC'Y 1 (2008) 54



אמפיריים אל עבר מצבים קונפליקטואליים ביחסי משפחה ויחסים חברתיים בכלל, הארעיות המאפיינת את הבניית הנישואין ברשומות בתי הדין השרעיים והשלכותיה הסוציו-לגאליות בולטות לעין.<sup>55</sup> מתיאור זה אין להסיק שגירושין היו תופעה המונית, או שהכול התייחסו אליה בשוויון נפש. ואולם, ממצאים אלה מאפשרים לי לטעון שגירושין ופרקטיקות אחרות האופייניות ליחסי נישואין נוזלים רווחו במידה כזו שנראה כי מבחינת שאיפת הרפורמטורים להתאים את דפוסי המשפחה למאפייני החברה והמדינה המודרניים שהם ביקשו לעצב, מסגרת הנישואין הייתה לדידם מסגרת קלה מדי לפירוק.<sup>56</sup>

כזכור, במרוצת מאות שנות קיומה של האימפריה העות'מאנית שקדמו לרפורמות של המאה התשע עשרה לא נתפסה מסגרת המשפחה כיעד להתערבות ישירה של המדינה. שליטת האימפריה בטריטוריות הנרחבות שלה ובאוכלוסיות הרבגוניות שחיו בהן התבססה על מנהל הפרובינציות, מושלים, אנשי צבא, גובי מיסים ושופטים, בעוד חיי היומיום, המסחר, חיי החברה, הסדר הציבורי והפיקוח החברתי התבססו על מסגרות קהילתיות, מקצועיות, דתיות ואחרות. ראשית ונכבדיהן של הקהילות, השכונות, הגילדות, האחוות הצופיות (קרי סופיות) ומסגרות חברתיות אחרות תיווכו ביניהן לבין נציגי השלטון והפכו בדרך זו לבעלי עמדות כוח חברתיות ופוליטיות. אחד מיעדיו העיקריים של מפעל הרפורמות של המאה התשע עשרה היה שינוי סדר זה ויצירת שלטון ריכוזי, תוך שינוי של דפוס היחסים בין הממשלה בבירה לבין המנהל בפרובינציות, יצירת היררכיות שליטה ברורות שכפופות למרכז וצמצום כוחם המתון

55 AGMON, לעיל ה"ש 9. בספר הפניות למחקרים סוציו-לגאליים נוספים מתקופות ומקומות אחרים באימפריה העות'מאנית המצביעים על ממצאים דומים. חשוב לציין כי הטענה לעיל ביחס לאופי היחס לגירושין בבית הדין מגובה במחקרי הנוכח לעיל בניתוח-שיח של סוג מסמכים חדש, פרוטוקולים מפורטים של תיקים משפטיים בסוגיות משפחה, שבמסגרת הרפורמות של המאה התשע עשרה רישומם הונהג בבתי הדין השרעיים, נוסף על רישום הפסיקות בלבד, שהיה מקובל עד אז. לעניין זה ראו גם Iris Agmon, *Recording Procedures and Legal Culture in the Late Ottoman Shari'a Court of Jaffa, 1865-1890*, 11 ISLAMIC L. & SOC'Y 333 (2004). ראו גם התייחסות לאטרקטיביות של בית הדין השרעי לנשים לא מוסלמיות שרצו בגירושין אצל Tezcan, לעיל ה"ש 30, בעמ' 163-164.

56 ראו למשל BOA, ŞD., 46/1. בתיק זה (שכולל בעיקר חליפת מכתבים בין משרדי האוצר והפנים בנוגע לתשלום עבור בולי רישום נישואין של מוסלמים ולא-מוסלמים ובשאלה אם לתת פטור מתשלומים אלה ללא-מוסלמים) אחד המסמכים, מאוקטובר 1916, הוא טבלת נתונים של מספר הזוגות הנישואים הרשומים במרשם התושבים (לא ברור אם מדובר בשנה מסוימת או בחישוב ממוצע שנתי כלשהו). הנקודה המעניינת במסמך והרלוונטית לדיון כאן היא ההתפלגות שנערכה במרשם התושבים של הזוגות שנישאו לפי שתי קטגוריות: (1) התפלגות למוסלמים ולא מוסלמים; (2) התפלגות לפי מין, כאשר לגבי הנשים, נרשמו שתי קבוצות: נשים שנישאו בתולדות (כלומר נישואיהן הראשונים) ונשים שאינן בתולדות (כלומר אלה אינן נישואים ראשונים). עיבוד הנתונים בדרך זו עשוי לרמז על סוג המידע שרשויות השלטון היו מעוניינות לקבל ממרשם התושבים. ההתפלגות השנייה הייתה עשויה לענות על מגוון שאלות אפשריות, אך כולן נוגעות לאותו עניין: תנועות במסגרת המשפחה.

של נכבדים ובעלי שררה מקומיים (לרוב, באמצעות קואופטציה שלהם למערכות השליטה המתחדשות).<sup>57</sup> אחת ההשלכות של השינוי בתפיסת המדינה ואופי יחסיה עם נתיניה (שמעמדם אף הוגדר מחדש כאזרחים) הייתה, כאמור, עניין גובר של מנהל המדינה במעורבות ישירה ובפיקוח על מרחבים ומוסדות חברתיים שבעבר לא עניינו אותה. המשפחה הייתה אחד המוסדות הללו. כזכור, תפיסה הרואה במשפחה אבן יסוד בעיצובה של חברה מודרנית ושיח ער סביב דגם המשפחה הרצוי אפיינו אליטות בתהליכי מעבר למודרניות בחברות רבות בתקופה הנדונה, בהן האליטה העות'מאנית. ואולם, דגם המשפחה הגרעינית הנשאף עמד בניגוד לכל ההיבטים המפלים נשים בדיני המשפחה השרעיים, כגון נישואי קטינות, פוליגמיה, קלות הגירושין ביוזמת הבעל והקושי של נשים להשיג פירוק נישואין במצבי מצוקה ועגינות (כלומר הסוגיות העיקריות שבהן ניסה קוד המשפחה לטפל באמצעות ברירת הלכות מהאסכולות השונות).<sup>58</sup>

לעניין הנדון כאן חשובים בעיקר כיווני הפעולה של הרפורמטורים העות'מאנים, המצביעים על עניינים הגובר בניטור השינויים במעמד האישי של האזרחים ובעיצוב של הבניית המשפחה. במסגרת הרפורמות הוקם, למשל, מערך לאיסוף נתונים דמוגרפיים, מרשם התושבים האימפריאלי (Nüfus), והממשלה המשיכה במרוצת התקופה כולה במאמצים להרחיב את סמכויותיו, לשכלל את שיטות איסוף הנתונים שלו, לעבד את המידע ולהשתמש בו ביחסים שבין המדינה ואזרחיה. איסוף נתונים על לידות, פטירות, נישואין וגירושין היה אחד התחומים שמרשם התושבים שקד על פיתוחם בחפשו תדיר דרכים לגרום לנתונים ולראשי קהילות לדווח לו על שינויים בו. אני טוענת שחיבורו של קוד המשפחה היה קשור למאמצים הללו. במסגרת הדיון במאמר זה תקצר היריעה מלפתח טענה זו במלואה. אסתפק רק בציון כמה אינדיקציות לקשר שבין חיבור קוד המשפחה לבין המאמצים לייעל את איסוף הנתונים הנוגעים למעמד האישי של האזרחים במסגרת מרשם התושבים. ניהול מאגר נתונים

57 קואטארט, לעיל ה"ש 7, בעמ' 43-46, 61-64; BARKEY, לעיל ה"ש 30, בעמ' 242-262.  
58 שורה של מהלכים נוספים שננקטו על ידי האליטה הבירוקרטית של האימפריה במרוצת המאה התשע עשרה ביחס לילדים הייתה קשורה אף היא לתפיסה שהמדינה אמורה למלא תפקיד פעיל בעיצוב המשפחה, כגון הקמת מחלקה לטיפול בירושות של ילדים יתומים וניהול רכושם עד הגיעם לבגרות והקמת בתי יתומים ופנימיות לחינוך והקניית השכלה מקצועית לילדים יתומים, עניים וילדי פליטים. איריס אגמון "מגדר ושינוי חברתי: בית הדין השרעי וקופות היתומים ביפו ובחיפה בשלהי התקופה העות'מאנית" נשים ומגדר במזרח התיכון במאה העשרים 53 (רות רוזן ונגה אפרתי עורכות, 2008); MAKSUDYAN, לעיל ה"ש 9. על הבניית המשפחה הבורגנית העירונית באסתנבול בשלהי התקופה העות'מאנית ראו DUBEN & BEHAR, לעיל ה"ש 9; Toprak, לעיל ה"ש 11. על הקשר בין מודל המשפחה הגרעינית, רפורמות משפטיות בדינים השרעיים, ומעבר למשפט מדינתי במצרים באותה תקופה, ראו גם אסד, לעיל ה"ש 9, בעמ' 297-319.

דמוגרפיים מרכזי היה כלי אופייני למדיניות השליטה הריכוזית במאה התשע עשרה.<sup>59</sup> הקמת רשת של מחלקות מרשם תושבים בפרובינציות, איסוף נתונים באמצעות מפקדי אוכלוסין, הנחלת הליכי דיווח שוטפים על נתונים אישיים על ידי התושבים והנפקת מסמכי זהות אישיים, כל אלה הוכנסו בהדרגה במרוצת התקופה והקנו למנהל המדינה כלים למעקב אחר תנועות דמוגרפיות. בהקשר הנדון כאן, מנגנון זה אפשר מעקב אחר עיצוב שינויים בתחומי המעמד האישי של נתיני האימפריה, פיקוח עליו ומעורבות בו. כאשר בוחנים את קוד המשפחה בצירוף המסמכים המנהליים והתיקונים לחוק הפלילי שליוו אותו, מתברר שהמחוקק שימר בקוד המשפחה כללים מסוימים בנוגע לנישואין וגירושין, לפי שיוך לקהילות הדתיות השונות, אך זאת בעיקר בנוגע להלכות דתיות ספציפיות ועניינים טקסיים, שלא נגעו במישרין לסוגיות המעמד האישי. לעומת זאת, החוק יצר מסגרת אחידה על-דתית בתחומים שהיו קשורים למעמד האישי האזרחי ולמאפייני המשפחה, כגון גיל הנישואין, רישוי ורישום של נישואין וגירושין, הגברת האיוון ביחסים המגדריים בנישואין ובגירושין. בהיבטים הללו, שהיו מוקד התעניינותה של המערכת השלטונית, המחוקק איחד את הכללים והעביר את השליטה והפיקוח עליהם ממנהיגי הקהילות ובעלי סמכויות דתיות מקומיים אל רשויות המשפט ומנהל המדינה (כלומר אל משרדי מרשם התושבים ומשרדי בתי הדין השרעיים).<sup>60</sup>

התיאור לעיל נוגע למהלכים הקושרים בין קוד המשפחה בכללותו לבין השימוש במרשם התושבים ובנתונים שהוא אסף בנושאי מעמד אישי לצורך פיקוח ומעורבות בעיצוב דפוסי המשפחה. סעיפי הבוררות בקוד המשפחה, שהדיון בהם בחלק זה של המאמר נועד להמחיש כיצד באו מגמות אלה לידי ביטוי קונקרטי, מצביעים על שאיפה לעיצוב דפוס משפחה, שנוסף על תכונותיו האחרות נועד ליצור מסגרת נישואין יציבה שגירושין אינם הפתרון המיידית בה לסכסוכים. בהקשר זה הייתה חשיבות לא רק לעצם הכנסתה של פרקטיקת הבוררות לקוד, אלא גם לעמדת הפיקוח על תוצאות הבוררות ועל דפוסי הגירושין, שסעיפים 130–131 הציבו בה את בית הדין ואת הקאדי כמייצגיה של המדינה. במבט היסטורי, הבחנה זו מחזקת את הקביעה שהשתמעה מפסיקת בג"ץ הבוררת, שאין במתן היתר למינוי אישה כבוררת משום התערבות פסולה במינוי בעלי סמכות שיפוטית במערכת בתי הדין השרעיים. ההחלטה שניתנה לאחרונה,

59 RUBIN, לעיל ה"ש 25, בעמ' 91–96; Fatma M. Göçek & Şükrü Hanoğlu, *Western Knowledge, Imperial Control, and the Use of Statistics in the Ottoman Empire*, in 105 (Jane L. Warner ed., 2001).

60 ראו לעיל ה"ש 33 ובה ההפניות לצו המפרט את הצעדים המנהליים לעריכת נישואין והדיווח עליהם לבית הדין ולמרשם התושבים; ולתיקון לקוד הפלילי, שתוקן בנושאים אלה גם בשנים קודמות, בניסיון לשכלל באמצעות קנסות את פרקטיקת הדיווח למרשם התושבים על זוגות שנישאו. על דוגמה לעיבודים הסטטיסטיים שערך מרשם התושבים ראו לעיל ה"ש 56.

לראשונה בבית דין שרעי בישראל, למנות אישה לקאדית,<sup>61</sup> ייתרה בדיעבד את הוויכוח בסוגיה זו.

#### ד. סיכום

מימוש המסגרת החדשה שיצרו מחברי קוד המשפחה היה תלוי בגורמים רבים שהשליטה בהם לא הייתה בידיהם. חוקים, כידוע, הם רק טקסטים. יישומם תלוי בפרשנויות ובנסיבות ששותפים להן, מלבד המחוקקים, אינספור אנשים; לא רק אלה שהוסמכו ליישם ולא רק משפטנים, אלא גם פקידים וציבור המשתמשים בזירה המשפטית. במקרה של קוד המשפחה, ניתן לומר מעט על לקחי יישומו במתכונתו המקורית. ככזה הוא יושם באזורים שהיו בזמן פרסומו בשליטת האימפריה (בעיקר באנטוליה) במשך כשנה וחצי. לאחר מכן, למרות הוראה של המופתי הראשי לבטלו, יישומו נמשך ככל הנראה באופן חלקי, בעוד ההסכמים לחלוקת אנטוליה בין המדינות המנצחות במלחמת העולם הלכו והשתנו, נוכח ההישגים הצבאיים של כוחותיו של מוסטפה כמאל פאשא (שנודע לימים בכינוי Atatürk) במלחמת העצמאות התורכית ועם הקמת הרפובליקה הכמאליסטית (1923). בתקופה זו נשקלו חלופות שונות לקוד המשפחה. בסופו של דבר החליט מוסטפה כמאל על תפנית כוללת לעבר המערב, וב־1926 אימץ את הקוד האזרחי השוויצרי על קרבו וכרעיו (כולל תחומי המעמד האישי).<sup>62</sup>

לקראת מלאת 100 שנים לקוד המשפחה נפלה לידי הזדמנות לחזור אליו, הודות לפסיקה התקדימית של בג"ץ הבוררת. במאמר הצעתי פרשנות היסטורית לנסיבות חקיקתו וגלגוליו של הקוד המקורי, והמחשתי פרשנות זו באמצעות ניתוח תוכנם של סעיפי הבוררות (130–131) שעמדו במוקד העתירה לבג"ץ. חוקרים מדיסציפלינות שונות, כולל היסטוריונים של האימפריה העות'מאנית, שמזכירים במחקריהם את קוד המשפחה, רובם בחטף (ובודדים בהרחבה ובלוויית ניתוח טקסטואלי מפורט), מדגישים בעיקר שתי נקודות: את חקיקתו המאוחרת של קוד המשפחה, בסוף המלחמה – סוף האימפריה ואת החידושים (או היעדרם, תלוי בפרספקטיבה של החוקר/ת) בנוגע למעמד האישה. מסגור זה של קוד המשפחה הפך אותו לפרשה נטולת הקשר, ללא עבר, כביכול, ובגלל תוצאות המלחמה והבנייתה בהיסטוריוגרפיה כקיצה הידוע מראש של האימפריה העות'מאנית – גם ללא עתיד. שהרי ההמשכיות של קוד המשפחה לאחר פירוק האימפריה בתום מלחמת העולם היא המשכיות מומצאת. המצאת ההמשכיות הייתה המצאה קולוניאלית. מבחינת השלטון הבריטי בפלשתינה-

61 שרון פולבר, יאיר אטינגר וג'קי חורי "הוועדה לבחירת קאדים בחרה לראשונה קאדית אשה" הארץ 25.4.2017 [www.haaretz.co.il/news/law/1.4041725](http://www.haaretz.co.il/news/law/1.4041725)

62 חלק מהעדויות על יישומו של קוד המשפחה נכללות במחקרי הנוכחי שטרם פורסם. המחקרים הקיימים לא בחנו כלל את קוד המשפחה מפרספקטיבה של Law in Action, לא לפני החקיקה ולא אחריה.

בפלשתניה-ארץ ישראל הייתה הפיכתו של קוד המשפחה מחוק טריטוריאלי לחוק מוסלמי-דתי עניין טכני. ההמשכיות התבטאה בטענת הבריטים שבכוננם מערכת משפט דתית לקהילות השונות בתחומי המעמד האישי הם ממשיכים את שיטת המלת העות'מאנית ושכך נשמרת הרציפות המשפטית, כנדרש בכתבי המנדט. לאמיתו של דבר, אכן היה בטענתם ממד אחד של המשכיות, ממד דיסקורסיבי. דיפלומטים ומשקיפים בריטים ואירופאים אחרים באימפריה העות'מאנית ראו במערכת השיפוט העות'מאנית שכונו הרפורמטורים במאה התשע עשרה מערכת דתית-חילונית (כלומר שרעית-ניזאמית) דואלית. הם לא ראו בה את מה שראו בה מכונניה העות'מאנים: מערכת שיפוט מדינתית, העומדת להפוך לכול-עות'מאנית ומאוחדת. כשמערכת זו נפלה בשלהי 1917 לידיהם, הם פעלו בה בהתאם להשקפתם מן המאה התשע עשרה.

אלא שקוד המשפחה לא היה עניין טכני ואף לא עניין זניח. במאמר זה מיקמתי אותו בהקשר ההיסטורי של רצף ארוך של רפורמות משפטיות שהאליטה הבירוקרטית העות'מאנית הובילה במאה התשע עשרה הארוכה. לדידם של המחוקקים, הוא לא היה אמור להיות הקוד האחרון; הוא היה מהלך שקירב מאוד את המדינה העות'מאנית להשגת המטרה של האחדת מערכת השיפוט שלה. ואולם, בדיעבד הוא היה הקוד האחרון. בהחלטת הבריטים להפוך אותו לקוד משפחה מוסלמי בלבד, וכך, לדעתם, להשיב את מערכת השיפוט העות'מאנית אל מסלולה ההיסטורי, הם למעשה הגשימו את נבואתם מן המאה התשע עשרה על מערכת המשפט הדתית-חילונית כביכול.

אלא שללא ההקשר ההיסטורי של הרפורמות העות'מאניות, בלי זווית הראייה של המחוקקים כרפורמטורים עות'מאנים, כך טענתי במאמר זה, קוד המשפחה, שהוא קוד עות'מאני, אינו יכול להיות מובן כהתרחשות ששייכת לזמן ולמרחב שבהם היא התחוללה ולרוח התקופה שבה פעלו מחולליה. בהיותו קוד עות'מאני, הוא היה פרי סדר היום של הרפורמטורים העות'מאנים. מכאן הטענה שיש למקמו בהקשר היסטורי זה, וזאת לא רק מבחינת רציפות הרפורמות המשפטיות והיותו קוד נוסף ברשימת מפעלי הקודיפיקציה העות'מאניים; הטענה שלי הייתה כי גם את תוכנו יש לחקור ולפרש בראש ובראשונה בעזרת התבוננות בחזונום ובמעשיהם של המחוקקים העות'מאנים והנסיבות המשתנות שיצרו את התנאים שבהם פעלו. בעניין זה סברתי כי מצד אחד, ניתוח תוכנו של הקוד לאור שאלות הלכתיות בלבד, כלומר הסתכלות "אחורה" אל העמדות הנורמטיביות של חכמי ההלכה לדורותיהם על מנת להצביע על השינויים שהקוד גילם, או ניתוחו מצד אחר, לאור שאלות מגדריות, כלומר הסתכלות "קדימה" וניתוח הקוד כמונחי הקטגוריה האנליטית בת ימינו, מגדר – ניתוח כזה יתרום להמשך ההבניה ההיסטורית השגויה של קוד המשפחה. לפיכך, מיקמתי את הדיון שלי על תוכן הקוד (ליתר דיוק, על תוכנם של שני סעיפי הבוררות, שהתייחסתי אליהם

כאל מעין דגימה אקראית שלו) בהקשר של עמדות הרפורמטורים העות'מאנים ביחס לסוגיות שבהן עוסק הקוד – נשים, גברים והבניית המשפחה.<sup>63</sup>

ההקשר הזה מחזיר אותי, לסיום, לבג"ץ הבוררת. אף כי נימוקי הפסיקה כוללים, כאמור, סקירה של עניינים רבים הנוגעים להקשר ההיסטורי של הבוררות וקוד המשפחה ברוח עקרון הרציפות המשפטית, ההכרעה לטובת העותרת לא התבססה על שיקול היסטורי. פסק הדין ניתן כתוצאה של העמדת העתירה למבחן חוקי מדינת ישראל הרלוונטיים, חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951<sup>64</sup> (כולל תיקון משנת 2000, המונע את התערבות המדינה במינוים של בעלי תפקידי שיפוט בבתי דין דתיים<sup>65</sup>) וסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה<sup>66</sup>. לאור מבחן זה, המסקנה הייתה שעקרון שיווי זכויות האישה מחייב לתמוך במינוי בוררת לבקשת העותרת ושהסייג המונע מהמדינה להתערב בשיקולי בית דין דתי במינוי לתפקידי שיפוט אינו חל על מינוי בוררים. השיח המשפטי הישראלי שבמסגרתו נדונה והוכרעה העתירה הוא שיח של שוויון זכויות נשים וזכויות אדם. השיח של האליטה העות'מאנית (ושל אליטות פוליטיות אחרות בעולם) לפני 100 שנה עסק בשיפור מעמדן של נשים, באמצעיפציה, לא בשוויון, ולא מפרספקטיבה ליברלית, אלא כחלק מפרויקט כינון המדינה המודרנית. ניתן לזהות דמיון בין מאמצי המחוקק העות'מאני, בחיפושיו אחרי כלים לצמצום אי-השוויון של נשים במשפחה, כחלק מהשקפה רחבה יותר על אודות מאפייני המשפחה והחברה הרצויים, לבין הכרעת השופטים הישראלים לתמוך בבקשת העותרת על בסיס עקרון השוויון. אלא שהדמיון אינו נובע מעמדותיהם בסוגיית מעמדן של נשים בחברה. בתחום זה, כפי שטענתי, יש משמעות לפער ההיסטורי בין 100 השנים ויותר ולשינויים שהתחוללו במרוצת תקופה זו בגישות ביחס לנשים. הדמיון הוא בתפיסת מקומה של המדינה המודרנית בעיצוב חיי הפרט והחברה. גם על תפיסה זו עברו יותר מ-100 שנים עתירות שינויים. ואולם, מבחינת המאפיינים ההיסטוריים הגדולים, מדינות הלאום של התקופה הפוסט-עות'מאנית, בהן זו הישראלית, והמדינה העות'מאנית האימפריאלית של המאה התשע עשרה הארוכה חולקות את הנטייה המודרנית המובהקת להעמקתו של פיקוח המדינה ולמעורבות גוברת בכל תחומי החיים. במובן זה, למרות פער הזמן, שתי המדינות שייכות בבירור לעידן היסטורי אחד.

נקודה אחרונה שחשוב להצביע עליה ביחס למדינה העות'מאנית, מדינת ישראל וקוד המשפחה, נוגעת לתפקיד שממלא בית הדין השרעי בפרשה. בית הדין השרעי העות'מאני היה

63 המושג "עמדות" אינו מתייחס בהכרח לעמדות מוצהרות של ראשי המערכת הפוליטית, או לעמדות אידאולוגיות של הוגים, סופרים, או ראשי תנועות פוליטיות, אף על פי שגם גורמים אלה עיצבו את שיח התקופה. ואולם, בהקשר זה הדגש הוא בעיקר על העמדות שבאו לידי ביטוי במעשים, במדיניות, בפרקטיקה היומיומית של אנשי משפט ומנהל בכירים יותר או פחות ובמפגש בינם לבין אנשים מהשורה ונסיבות משתנות.

64 ס"ח 248.

65 חוק שיווי זכויות האישה (תיקון מס' 2), התשס"ח-2000, ס"ח 167, 168.

66 ס"ח 78.

שחקן מרכזי בזירה המשפטית-פוליטית. בפרשת קוד המשפחה הוא עצמו גילם את המדינה, ויישום החוק החדש עמד להוסיף לו תפקידי מנהל משפטי ולחזק את מעמדו במערכת השיפוט המדינתית ולבצר אגב כך את מעמדה כמערכת שיפוט מאוחדת. בית הדין השרעי הישראלי, לעומת זאת, הוא בית דין דתי, קהילתי, אחד מכמה ערוצי שיפוט נפרדים לתחומי המעמד האישי בלבד. הוא משרת קהילת מיעוט דתית-לאומית ומנסה לעשות זאת תוך שמירה על מעמדו האוטונומי מול מערכת המשפט של המדינה ובנסיבות מורכבות ביותר. היסטוריונים, כידוע, נוהגים על פי רוב להימנע מהשאלה "מה היה קורה אילו" (counterfactual history). בהכירי במשקלם הניכר של גורמים קונטינגנטיים ונסיבות בלתי צפויות בעיצוב תהליכים היסטוריים, לי עצמי אין חיבה יתרה להיסטוריה אנטי-עובדתית. את השאלה מה היה קורה אילו במקום המורשת הקולוניאלית של דיני מעמד אישי דתיים הייתה מיושמת וממשיכה להתפתח כאן המורשת העות'מאנית שמייצג קוד המשפחה, של דיני מעמד אישי טריטוריאליים – אני מניחה אפוא לפתחם ולדמיונם של הקוראים והקוראות.

## נשים בתפקידי שיפוט בבית הדין הרבני: בחינה מחודשת נוכח פסיקת בג"ץ

מאת

### תהילה בארי-אלון\*

בג"ץ פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים שופך אור חדש על דיון עתיק: כשירותן של נשים לתפקידים שיפוטיים בבתי הדין הרבניים. לאור פסיקת בג"ץ, השאלה שיש לשאול איננה אם העמדה ההלכתית הנוהגת בפועל היא שנשים אינן מכהנות כדיינות, אלא אם יש עמדה הלכתית בעלת משקל המצדדת באפשרות מינוין של נשים ושמא צריך בית הדין להעדיפה ולבכרה נוכח עקרון השוויון. לאור האמור נבחנת במאמר זה אפשרות קיומו של נתיב הלכתי המכשיר כהונת נשים כדיינות בבית הדין הרבני, זאת אגב הצגתן של שתי זוויות דיון: הראשונה, קיומן של עמדות המכשירות נשים לכהונת דיינות לכתחילה או מכוח קבלת הצדדים או הציבור; השנייה, והמחודשת יותר, בוחנת אם יש צורך בהרכב של בית דין בנושאים הנדונים כיום בבתי הדין הרבניים של מדינת ישראל, ושמא אף לדעות הפוסלות נשים מתפקידי דיינות ככלל, יהיו החלטותיו של הרכב בית הדין הכולל אישה דיינת תקפות במישור ההלכתי.

א. מבוא

ב. בג"ץ פלונית: סקירה

1. בחינת תחולתו של הסייג מכוח סעיף 5: האם מינוי אישה כבוררת פוגע בדיני איסור והיתר לגירושין לפי הדין השרעי?
2. בחינת תחולתו של הסייג מכוח סעיף 7: האם מינוי הבוררים הינו מינוי דתי או תפקיד שיפוטי?
3. העקרונות המנחים העולים מפסיקת בג"ץ

ג. נשים בתפקידי שיפוט: הדין העברי

1. מקורות תנאיים ואמוראיים

\* מרצה, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט. רצוני להודות לכל מי שסייע לי בכתיבת מאמר זה: לאבי מורי ד"ר אברהם בארי, לד"ר משה בארי, לפרופ' נריה גוטל ולפרופ' עמיחי רדזינר על הערותיהם המחכימות והמאירות, וכן לחברי מערכת כתב העת משפחה במשפט.



2. עמדת הראשונים בשאלת כשרותה של אישה לדון
3. עמדת חכמי ההלכה בעת החדשה
4. סיכום: נשים בתפקידי שיפוט
- ד. הצורך בבית דין בהליך הגירושין**
  1. הצורך בבית דין לשם מתן הגט
  2. ההרכב הנחוץ לדיון בטענות הצדדים בגירושין
  3. הצורך בבית דין לשם כפיית גט
- ה. כהונת נשים בבית הדין הרבני כיום**
  1. סיכום המצע ההלכתי בשאלת כהונתן של נשים בבית הדין הרבני כיום
  2. נתיב הלכתי אפשרי לכהונתן של נשים בבתי הדין הרבניים
- ו. **יישום עקרונות בג"ץ בשאלת מינוי נשים לתפקידי דיינות בבתי הדין הרבניים**
- ז. **סיכום ומסקנות**

## א. מבוא

בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים<sup>1</sup> שופך אור חדש על דיון עתיק: כשירותן של נשים לתפקידי שיפוטניים בבתי הדין הרבניים. לאור ההחלטה בבג"ץ, השאלה שיש לשאול איננה אם העמדה ההלכתית הנוהגת בפועל היא שנשים אינן מכהנות כדיינות, אלא אם יש עמדה הלכתית בעלת משקל המצדדת באפשרות מינוין של נשים ושמה צריך בית הדין להעדיפה ולבכרה נוכח עקרון השוויון. לאור האמור נבחנת במאמר זה אפשרות קיומו של נתיב הלכתי המכשיר כהונת נשים כדיינות בבית הדין הרבני.

בחלקו הראשון של המאמר אציג את הדעות החלוקות בדבר כשירותן של נשים לתפקידי שיפוט ואת העמדה ההלכתית המצדדת באפשרות כהונתן של נשים בתפקידי שיפוט. עם זאת אדייק שלהלכה נפסק כדעה שנשים אינן יכולות לכהן כדיינות לכתחילה, אך גם אראה כי למרבית המחזיקים בדעה זו ניתן יהיה להכשירן מכוח קבלת הצדדים או הציבור.

בחלקו השני של המאמר אציג זווית דיון מחדשת יותר ואבחן אם יש צורך בהרכב של בית דין בנושאים הנדונים בבית הדין הרבני. אראה כי מעיקר הדין ולמרבית הדעות ההלכתיות, אין צורך בבית דין לצורך הליך מתן הגט. לעניין דיון בטענות הצדדים, שמיעת עדויות, הודאות וכדומה אכן יש צורך בבית דין, אולם הסכמת הצדדים יכולה לבסס את כשרותו של דן יחיד. כיוון שכך, נראה שאף לדעות הפוסלות אישה מלכהן כדיינות, אם יקבלו הצדדים על עצמם כי אישה תהא חלק מההרכב, יש צדדים רבים לטעון לכשרות החלטותיו במישור ההלכתי, כיוון שמכל מקום ניתן להכשירן כהחלטות שניתנו בהרכב חסר. בחלק זה אציג גם את האפשרות שאישה יכולה לכהן בהרכב הכופה את הגט.

1 (פורסם בנבו, 27.6.2013) (להלן: בג"ץ פלונית).

שתי זוויות דיון הלכתיות אלו – האחת המאפשרת כהונתה של אישה בתפקיד שיפוט וולו מכוח הסכמת הצדדים והאחרת שכלל אין צורך בהרכב בית דין בהליך הגירושין – מצביעות כל אחת בנפרד וביתר שאת במשקלן המצטבר על נתיב הלכתי אפשרי לכהונתן של נשים בתפקידי דיינות. לגישת בג"ץ הונח כאן לכאורה בסיס לקביעה שעל בית הדין הרבני לאמץ נתיב זה מכוח עקרון השוויון.

## ב. בג"ץ פלונית: סקירה

ביום 27.6.2013 הכריע בג"ץ<sup>2</sup> בעתירה שהוגשה בפניו כנגד בית הדין השרעי העליון על ידי אישה מוסלמית המצויה בסכסוך עם בעלה.<sup>3</sup> במהלך בירורם של סכסוכי בני הזוג הגיש הבעל לבית הדין השרעי האזורי שבטייבה "תביעת בורות".<sup>4</sup> בית הדין השרעי קיבל את בקשתו והורה לבני הזוג למנות בוררים מטעמם, וזאת לפי סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני.<sup>5</sup> בעקבות הוראה זו הודיעה האישה לבית הדין השרעי כי מינתה בוררת מטעמה, אולם בית הדין האזורי השרעי סירב למינוי זה וקבע כי "בית דין זה רואה כי ציבור חכמי הדת התנו כי הבוררים צריכים להיות גברים, זה לפי דברי הזרם המאלכי החנבלי והשאפעי [...]".<sup>6</sup> ערעורה של האישה על החלטה זו נדחה בבית הדין השרעי לערעורים.<sup>7</sup> נקבע כי סעיף 130 מבוסס על פרשנות הזרם המאלכי הדורש שהבוררים יהיו גברים, וכיוון שכך אין לקבל אישה כבוררת, זאת בניגוד לאסכולות אחרות בדין המוסלמי המאפשרות מינויה של אישה לתפקיד בורות.<sup>8</sup>

- 2 שם. במאמר זה מובאים רק עיקרי הדברים שנדונו בבג"ץ ככל הנחוץ למאמר זה, בעיקר כדי להימנע מכפילות מיותרת נוכח העובדה שבקובץ זה מתפרסמים מאמרים נוספים העוסקים בבג"ץ.
- 3 סכסוכם של בני הזוג נדון בערכאות אזרחיות בכמה סוגיות שנגעו למזונות, צווי הגנה ועוד.
- 4 תיק (אזורי טייבה) 317/2009.
- 5 חוק זכויות המשפחה (1917) (להלן: חוק המשפחה העות'מאני). וזו לשון ס' 130 לחוק, המתורגם אצל שלמה דב גויטיין ואהרן בן שמש המשפט המוסלמי במדינת ישראל 229 (1957): "אם פרצו בין בני הזוג מריבות וחילוקי דעות, ופנה אחד מהם אל השופט, ימנה השופט שני בוררים ממשפחות הזוג ואם לא נמצאו בוררים מבני המשפחות, או שאינם בעלי התכונות הנדרשות, ימנה השופט בוררים מתאימים שלא מבני המשפחות. מושב – משפחה בהרכב כזה יקשיב לתלונות הצדדים וטענותיהם וישתדל במיטב יכולתו להביאם לידי התפייסות. אם אין זה אפשרי בעטיו של הבעל יפסקו על התרת נישואיהם, ואם בעטיה של האישה יבטלו גם את זכותה על המוהר כולו או מקצתו. לא הסכימו הבוררים ביניהם, ימנה השופט בוררים מתאימים בהרכב אחר, או בורר שלישי שלא מבני המשפחות. החלטת אלה תהיה סופית ואינה ניתנת לערעור".
- 6 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ארבל.
- 7 ערעור 28/2011 (פורסם באתר בתי הדין השרעיים, 18.6.2012).
- 8 בפסק דינו נימק בית הדין השרעי לערעורים שיש אסכולות הגורסות כי תפקידם של הבוררים מוגבל וכי הם משמשים מיופי כוח של הצדדים בלבד אשר הקאדי אף יכול להתערב בהחלטתם; לפי האסכולות הללו גם אישה יכולה לשמש כבוררת. ואולם, ממשיך וטוען בית הדין השרעי,

כנגד הדברים הללו עתרה האישה לבג"ץ.<sup>9</sup> מוקד הדיון בבג"ץ נסב על שאלת תחולתו של חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951<sup>10</sup> בעניין הנדון והשלכותיו. הסעיף הראשון לחוק

האסכולה המאלכית גורסת הבנה שונה של תפקיד הבוררים, ועל פיה הבוררים משמשים מעין קאדים ולתפקידם אופי שיפוטי מובהק: הם מוסמכים לפרק את הנישואין, ופסק דינם יהיה סופי באופן המונע את בית הדין מלהתערב במרבית הסוגיות שנדונו על ידיהם. לפי הבנה זו, האסכולה המאלכית מגבילה את כשירותם של הבוררים לגברים דווקא (בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 37). אצוין כי בדין השרעי יש גישה המאפשרת מינוין של נשים לתפקיד של קאדי ממש: ביום 27.7.2015 אף הונחה על שולחנה של הכנסת הצעת חוק הקאדים (תיקון – בחירת אישה לתפקיד קאדי), התשע"ה-2015, פ 1861/20, שעניינה קידום מינוין של נשים לתפקיד. בדברי ההסבר להצעה נאמר כי ברשות הפלסטינית, ובכמה מקומות נוספים בעולם, יש נשים המכהנות בתפקיד כבר כיום: "דוגמאות לקאדיות מהעולם הערבי והמוסלמי כיום הן חולוד אל-דהרי (איחוד האמירויות), חולוד אל-פאקיה (פלסטין), טהאני אל-ג'באלי (מצרים), טרייה רמלי (מלזיה)". מתמונת מצב זו עולה שמשקלן של האסכולות המאפשרות מינוין של נשים לתפקידים שיפוטיים איננו זניח ושולי בעולם המוסלמי, אולם כאמור, בית הדין השרעי אימץ בדבריו את הגישה השוללת את כשירותן של נשים לתפקידי בורות בעניין סכסוך הגירושין. להרחבה ראו: ראדה חסיסי מינוי קאדיות בבתי הדין השרעיים – רקע ותמונת המצב בכמה מדינות (הכנסת, מרכז מחקר ומידע, 2015) [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03756.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03756.pdf). בכמה וכמה אתרי חדשות פורסם כי הצעת החוק נפלה בגין התנגדות חברי הכנסת החרדים, שחששו מתפקידים שישפיעו אף על בתי הדין הרבניים. ראו למשל: יאיר אטינגר "המדינה מתנגדת למינוי נשים לבתי דין שרעיים עקב חששם של החרדים מתפקידים" הארץ 9.12.2015 [www.haaretz.co.il/news/](http://www.haaretz.co.il/news/) 2794686-1.2794686; באתר "כיכר השבת" פורסם כי חבר הכנסת עיסאווי פריג' ממפלגת מרצ ומיוזמי הצעת החוק אף הגיע לבתי הרבנים בבני ברק כדי לשכנע אותם שלא להתנגד לחוק (ישראל כהן "ומי הגיע לסבב שכנוע בבתי הרבנים בבני ברק? ח"כ ערבי ממרצ" כיכר השבת 12.12.2015 [www.kikar.co.il/188127.html](http://www.kikar.co.il/188127.html) ביום 25.4.2017 מונתה לראשונה קאדית אישה על ידי הוועדה למינוי קאדים.

לעיל ה"ש 1. שאלת היחס בין בג"ץ ובתי המשפט האזרחיים בכלל לבין בתי הדין הדתיים והדין האישי כפי שהוא מוחל בהם היא שאלה עדינה ורבת-פנים. אין היא מוקד עיונו במאמר זה, אך נאמר רק כי כאשר נדונה השאלה בהקשרים משפטיים שונים הנוגעים לדין האישי היהודי ובית הדין הרבני נקבעו הלכות מספר. ראשית, נקבע כי בג"ץ איננו מתערב בפסק דינו של בית הדין הדתי מבחינת נכונות פסיקתו לפי הדין האישי, ואינו יושב כערכאת ערעור עליו. כך, למשל, כתב השופט חיים כהן בבג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל הרב נסים, ראשון לציון, פ"ד יח(1) 598, 608 (1964): "הלכה פסוקה היא ונוהג קבוע הוא בבית משפט זה מימים ימימה, שאין אנו יושבים בערעור על בתי דין דתיים: כל אשר פוסקים הם, הרי הוא הדין הדתי שלהם, ואין לו לבית משפט אזרחי להרהר אחר מידותיהם לעניין מהותו וטיבו של דין דתי זה". אכן כאשר מתעלם בית הדין הדתי מהוראת חוק מפורשת המופנית אליו, הוא נתון לביקורת בג"ץ משום חריגה מסמכות (ס' 15 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78). במצב שבו בית המשפט האזרחי נדרש להחליט הדין האישי בין כתליו שלו, הרי שהדעה שהתבססה בפסיקה בעקבות ד"נ 23/69 יוסף נ' יוסף, פ"ד כד(1) 792 (1970), היא דעתו של השופט ברנזון, שלפיה הוא איננו מחויב לתקדימי בית הדין הדתי וקביעותיו בדבר הכרעת הדין האישי, אך הכרעתו של בית הדין הדתי תזכה למשקל רב אך לא מחייב. ראו גם דבריו של השופט אליקים רובינשטיין בע"מ 9606/11 עזבון המנוח פלוני נ' פלוני, פס' נב (פורסם בנבו, 20.5.2013): "פשיטא שלא יתכן חולק כי בכואם ליישם את הדין הדתי, באותם עניינים בהם הוא חל גם בבתי המשפט האזרחיים, אין בתי

9

שיווי זכויות האישה קובע: "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה".  
אין חולק שהוראות חוק שיווי זכויות האישה חלות גם על בתי הדין הדתיים ולמעשה מגבילות את סמכותם לפעול לפי החוק הדתי – כך לפי סעיף 7(ב) לחוק שיווי זכויות האישה,<sup>11</sup> וכך לפי הלכת בית המשפט העליון בבג"ץ ברייה.<sup>12</sup>

בבג"ץ פלונית שבענייננו הצביעה השופטת ארבל על הקושי הייחודי בסוגיית האפליה והשוויון בבתי הדין הדתיים וזאת לדבריה בגין "אפליה המובנית בתוך המערכת. זאת בעיקר מעצם מינוי תפקידים שיפוטיים מקרב המין הגברי בלבד".<sup>13</sup> היא ציינה שיש אף מי שטוען ש"הדין הדתי עצמו יוצר פעמים רבות אפליית נשים".<sup>14</sup> המחוקק היה מודע היטב לאפשרות ההתנגשות המובנית בין הוראות הדין הדתי וחוק שיווי זכויות האישה, ולכן קבע בתוך החוק עצמו שני סייגים לתחולתו הנוגעים לבתי הדין הדתיים. סעיף 5 לחוק קובע: "אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין; סעיף 7(ג) לחוק קובע: "הוראות חוק זה לא

המשפט פטורים מליתן את המשקל הראוי גם להכרעת בתי הדין הרבניים [...]". במצב שבו יש קולות שונים בתוך מערכת בית הדין הדתי עצמו, רובינשטיין מדייק ופוסק כי "שופט אינו אמור לשאול את עצמו, מה היה דייק עושה במקומו, שכן אין הוא דייק. אין לו ההכשרה והידע הבא עמה שיש לפוסק הלכה ולדיין, והוא פועל בגדרי מערכת משפטית שיש לה ערכי יסוד ותכליות שהוא מחויב בהגשמתם. ממילא השאלה אותה אמור לשוות לנגד עיניו בית המשפט האזרחי היא, איזו מבין הגישות צודקת – או ראויה יותר לאימוץ – לפי המשפט הישראלי, על עקרונותיו, תכליותיו וגישתו הכללית בנושאים המדוברים [...] במצב דוגמת זה שלפנינו, על בית המשפט האזרחי להאזין בכובד ראש לקולות העולים מבתי הדין הדתיים, אך מתוך הקולות השונים (ואינני נדרש לשאלת האפשרות לפסוק לפי גישות הלכתיות אחרות שלא קנו שביתה בבתי הדין הרבניים הממלכתיים), עליו לבחור בזה העולה בקנה אחד עם ערכיה של שיטת המשפט הישראלית; בהתחשב בתורת הפרשנות התכליתית שהיא נר לרגליו, ובאופן המגשים תכליות סובייקטיביות ואובייקטיביות אלה באופן המירבי" (שם, פס' נז). וראו דברי השופט בן ציון גרינברגר בתמ"ש (משפחה י-ם) 2480/04 ב.ס. נ' נ.מ. (פורסם בנבו, 8.6.2006): "על אחת כמה וכמה, במקרה שבתוך בתי הדין הרבניים עצמם אין תמימות דעים, או יכריע בית המשפט לפי שיקול דעתו, תוך שיברור מבין האלטרנטיבות את הקול הערב יותר לאוזניו בהתחשב בשיקולים הרלוונטיים, ותוך שיימנע מהכרעה החורגת מתחומי הפסיקה המותרת והאפשרית בהלכה עצמה".

- 10 ס"ח 248.
- 11 "[...] כן ינהג לפי חוק זה כל בית דין המוסמך לדון בענייני המעמד האישי, אלא אם כל הצדדים הם בני שמונה עשרה שנה ומעלה והסכימו לפני בית הדין, מרצונם הטוב, להתדיין לפי דיני עדתם".
- 12 בג"ץ 187/54 ברייה נ' קאדי בית-הדין השרעי המושלמי, עכו, פ"ד ט 1193, 1199 (1955): "כל בית משפט, שינהג שלא על פי החוק, פעולותיו תהיינה מחוסרות סמכות. כי חוק שיווי זכויות האישה הגביל וצמצם את סמכותם של בתי הדין הדתיים לנהוג על פי החוק הדתי, כפי שעשו זאת לפני חקיקת החוק".
- 13 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 27.
- 14 שם.

יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, ובכלל זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים".

אם כך, כדי להכריע אם החריגים הללו חלים בעניין פסילת מינויה של אישה כבוררת בעניין הנדון, יש לקבוע תחילה אם זהותם של הבוררים הינה רכיב בדיני האיסור וההיתר לגירושין לפי הדין השרעי (הסייג המופיע בסעיף 5), ואף אם יוכרע שהסייג האמור איננו חל, עדיין ייתכן שבית הדין השרעי חוסה תחת כנפיו של הסייג השני, אם ייקבע שתפקיד הבורר הוא "תפקיד דתי" או "תפקיד שיפוט" (הסייג המופיע בסעיף 7(ג)).

קודם הדיון בתחולתם של הסייגים בחן בג"ץ את הוראותיו של סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני הדין במינוי הבוררים.<sup>15</sup> האסכולות השונות בדין השרעי חלוקות ביניהן בדבר מהות תפקידם של הבוררים, ויש לכך השפעה על אפשרות מינויה של אישה לתפקיד: לגישת האסכולה המלאכית, הרואה בהם מעין קאדים, נשללת האפשרות למנות אישה כבוררת; לגישות האחרות, תפקידם של הבוררים הוא של מיופי כוח בלבד, ועל כן ניתן למנות גם אישה כבוררת. אמנם בדרך כלל הסתמך המחוקק העות'מאני על האסכולה החנפית, אך הוא שילב בין סעיפי החוק גם הוראות שמוצאן באסכולות שונות. כאמור לעיל, לעמדת בית הדין השרעי לערעורים "בסעיף 130 לחוק הסתמך המחוקק העות'מאני על דעת המאלכים שכן נוסחו מאפשר לבוררים לפרק את הנישואין וקובע כי פסק דינם של הבוררים יהיה סופי".<sup>16</sup> עוד קבע בית הדין השרעי כי זו אכן הדרך שנוקטים בתי הדין השרעיים בפועל,<sup>17</sup> ולמסקנתו: "מאחר והמאלכים דרשו כי הבוררים יהיו גברים לא ניתן למנות נשים כבוררות".<sup>18</sup>

בג"ץ איננו מקבל את עמדת בית הדין השרעי לערעורים ומפנה לבג"ץ חמזה,<sup>19</sup> שבו נדונה שאלת פרשנותו של סעיף 130 ותפקיד הבוררים והוכרע כשיטה המצמצמת את תפקידם של

15 יצוין שכלל לא ברור שחוק המשפחה העות'מאני הוא אכן חוק דתי, ולעניין זה ראו את כלל טענות הצדדים בבג"ץ פלונית, שם, וכן בפס' 34–35 לפסק הדין. ניתן לטעון כי זהו חוק אזרחי גרידא, אשר חוקק על ידי המחוקק העות'מאני במסגרת הליך כולל של קודיפיקציה ורפורמות באימפריה העות'מאנית, ואף הוחל על כל נתיני האימפריה ללא קשר להשתייכותם הדתית (עד לשנת 1919), אז אימץ המנדט הבריטי את החוק במסגרת פקודת חוק המשפחה המוסלמי (1919), אגב צמצום תחולתו למוסלמים בלבד. מכל מקום, אין ספק שחוק זה אכן נשען על אסכולות שונות שבדין השרעי ובמהותו אכן משקף דין דתי.

16 שם, פס' 4.

17 שם, פס' 5.

18 שם, פס' 2.

19 בבג"ץ 9347/99 חמזה נ' בית-הדין השרעי לערעורים בירושלים, פ"ד נה(2) 592 (2001) נדונה שאלת מעמדו של פסק הבוררות ואפשרותו של בית הדין השרעי להתערב בו. באותו מקרה קבע בג"ץ, בהתאם לעמדת בית הדין השרעי לערעורים שהוצגה באותו מקרה, ותוך הפניה לשורה של תקדימים נוספים, כי ניתן להתערב בפסק הבוררות ולשנותו.

הבוררים, כלומר כשיטה המאפשרת גם מינויה של אישה כבוררת. קביעה זו בבג"ץ חמזה התבססה גם על נוהגו בפועל של בית הדין השרעי, כפי שעלה משורה של תקדימים.<sup>20</sup> לדיון בדבר האסכולה המכרעת נודעת חשיבות להמשך העיון במאמר זה, אולם יודגש כי אף אם סעיף 130 אכן מאמץ את האסכולה המאלכית, המגבילה אישה מלהתמנות כבוררת, הרי שבית הדין השרעי מחויב לעקרון השוויון בין המינים, אלא אם כן יוכח כי מתקיים אחד מסייגי החוק. כיוון שכך, פנה בג"ץ לבחון את סייגי החוק.

### 1. בחינת תחולתו של הסייג מכוח סעיף 5: האם מינוי אישה כבוררת פוגע בדיני איסור והיתר לגירושין לפי הדין השרעי?

בג"ץ שלל את תחולתו של סעיף 5 כאשר קבע כי הסייג המתייחס למקרים של פגיעה בדיני איסור והיתר לנישואין וגירושין, "התכוון לחול על תוכן הדין הדתי עצמו המסדיר את ענייני הגירושין ולא על הדינים החלים על בעלי הסמכות ליישם דינים אלו".<sup>21</sup> במילים אחרות, הסייג האמור איננו חל על תפקיד בוררים, שבית המשפט רואה בו אך "מפעיל סמכויות הקשורות לגירושין ולא בדין עצמו המסדיר גירושין".<sup>22</sup> הבנה זו של הסייג נתמכת, לדעת בית המשפט, בצורך לתת פרשנות מצמצמת לחריגי החוק,<sup>23</sup> וגם באופן משתמע מקיומו של סעיף 7(ג), שהינו סעיף מיוחד הודן במפורש בבעלי התפקידים המיישמים את הדין הדתי. את שאלת תחולתו של הסייג במצב שבו עצם המינוי יגרור פגיעה בדיני האיסור והיתר לנישואין וגירושין השאיר בית המשפט בצריך עיון.<sup>24</sup>

### 2. בחינת תחולתו של הסייג מכוח סעיף 7: האם מינוי הבוררים הינו מינוי דתי או תפקיד שיפוטי?

בג"ץ פנה לבחון את סעיף 7(ג) ובדק אם מינוי הבוררים הינו "מינוי דתי בהתאם לדין הדתי" ושמה אין תחולה לסעיפי החוק בגין כך, והסיק כי:

פרשנותו של הביטוי "תפקיד דתי" צריכה להיות של תפקיד בו נדרשת מקצועיות ומיומנות ברמה כלשהי בדין הדתי והפעלתו של דין זה במסגרת

20 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 38.

21 שם, פס' 39 (ההדגשה הוספה).

22 שם.

23 ראו שם, פס' 31 את דבריה של השופטת ארבל בדבר תכליתו של החוק והמעמד הייחודי שניתן לו בפסיקה וכן דבריה בדבר הצורך לפרשו בהתאם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

24 אציין כי בהחלט ייתכנו מקרים שבהם השאלה מיהו המיישם בפועל את הדינים ומוציאם לפועל בערכאה המשפטית משפיעה באופן מהותי על תוקפה של ההכרעה עצמה. ראו למשל את הדיון המפורט בהמשך דבריי בדבר כפיית גט על ידי בית דין של גויים, להלן בטקסט הסמוך לה"ש 196.

התפקיד [...] ככל שהמקצועיות והמימנות בדין הדתי הנדרשת בתפקיד גבוהה יותר, וככל שהפעלת הדין הדתי הלכה למעשה במסגרת התפקיד רבה יותר, כך ניטה לראות בתפקיד כתפקיד דתי, וכן להיפך.<sup>25</sup>

בג"ץ סבר שמינוי הבוררים לפי סעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני איננו מתאפיין בדרישות למימנות וידע בדין הדתי השרעי, וכיוון שכך לא חל הסייג האמור.<sup>26</sup> גם בבדיקת הסייג החל בסעיף 7(ג) סיפא, הדין ב"מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים", הסיק בג"ץ כי הבוררים אינם ממלאים תפקיד שיפוטני.<sup>27</sup> נוכח כל האמור סבר בג"ץ כי חוק שיווי זכויות האישה אכן חל על בית הדין השרעי מבלי שיחולו סייגיו בעניין הנדון, וממילא מחויב בית הדין השרעי בהתאם להוראותיו של החוק לנקוט שוויון מגדרי במינוי הבוררים. בשלב זה הוסיף בג"ץ נדבך חשוב. לדבריו, אף ללא תחולתו של חוק שיווי זכויות האישה, הרי שבית הדין השרעי, מכוח כפיפותו היסודית לעקרון השוויון, מחויב להפעיל את הדין הדתי תוך התחשבות בעיקרון זה, והתחשבות כזו צריכה הייתה להוביל לאימוצה של האסכולה המאפשרת מינויה של אישה כבוררת. כך כתבה השופטת ארבל:

הפעלת הדין הדתי צריכה להיעשות אף היא תוך התחשבות בעקרונות היסוד של השיטה בכלל, ובעיקרון השוויון בפרט, ככל שניתן במגבלות הדין הדתי עצמו [...] ההשלכה של קביעה זו לטעמי היא כי אם קיימת אסכולה מקובלת בדין הדתי המתיישבת עם עיקרון השוויון על בית הדין הדתי להעדיפה על אסכולה אחרת בדין הדתי שאינה מתיישבת עם עיקרון זה.<sup>28</sup>

נוכח כל האמור הסיק בג"ץ כי בית הדין השרעי צריך היה להחיל את עקרון השוויון ולאפשר גם לאישה לשמש כבוררת, ומשלא עשה כן החלטתו בטלה. על החלטה זו הגישו בתי הדין השרעיים בקשה לדיון נוסף והעלו שורה של טיעונים לתמיכה בבקשתם,<sup>29</sup> אך זו נדחתה.<sup>30</sup>

25 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 41.

26 הבוררים הממונים הם נציגי משפחותיהם של בני הזוג והם אף אינם נדרשים להפעיל דין דתי במסגרת הליך הבוררות. כיוון שבג"ץ מכריע כי אין לראות בתפקידם "תפקיד דתי", ממילא לא חל הסייג לפי סעיף 7(ג) רישא לחוק שיווי זכויות האישה.

27 וזאת בהסתמך על מסקנתו הקודמת שיש לאמץ את האסכולה שאיננה רואה בפסק הבוררות פסק סופי ומאפשרת לבית הדין השרעי להתערב בקביעותיהם של הבוררים. יתר על כן, בג"ץ מצייין כי הבוררים כנציגי המשפחות בוודאי אינם ניחנים באותה אובייקטיביות האמורה לאפיין בדרך כלל בעלי תפקידים שיפוטניים.

28 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 44.

29 דנג"ץ 5019/13 בית הדין השרעי לערעורים בירושלים נ' פלונית (פורסם בנוב, 14.8.2013). בבקשה נטען כי הפרשנות שנתן בית המשפט לסעיף 130 לחוק המשפחה העות'מאני מנוגדת לדין השרעי, שכן הסעיף מבוסס על האסכולה המאלכית ולפיכך אף פרשנותו צריכה להתבסס על

**3. העקרונות המנחים העולים מהכרעת בג"ץ**

כל העיון המפורט הזה נחוץ לנו כדי לחלץ מהכרעתו של בג"ץ כמה עקרונות מנחים:

א. עקרון השוויון חל על בתי הדין הדתיים הן מכוח חוק שיווי זכויות האישה והן מכוח היותו עקרון יסוד של השיטה המשפטית כולה.

ב. נוכח עקרון השוויון מחויב בית הדין הדתי לאמץ מבין הדעות ההלכתיות השונות את הדעה ההלכתית המתאימה לעקרון השוויון.

ג. את חוק שיווי זכויות האישה יש לפרש בפרשנות רחבה, ואילו לחריגיו יש לתת פרשנות מצמצמת. כך, למשל סעיף 5 איננו מתייחס לדינים הנוגעים לזהות בעלי הסמכות ליישם ולהוציא לפועל את הדין הדתי.

הכרעתו של בג"ץ מעוררת אותנו למחשבה בדבר השלכות האפשריות על בתי הדין הרבניים ועל שאלת מינוין של נשים לתפקידים שיפוטיים בתוכם. מתוך כך, יש לתת את הדעת לשאלות הבאות:

1. מהן נקודות הדמיון בין הדין השרעי לדין העברי ובין בתי הדין השונים, ומה ההבדלים ביניהם?
2. כיצד יבואו לידי ביטוי העקרונות שאותם הציב בג"ץ בשאלת מינוין של נשים לתפקידי שיפוט בבתי הדין הרבניים?

אסכולה זו. לטענתם של בתי הדין השרעיים, התקדימים שהובאו בבג"ץ חמזה (לעיל ה"ש 19) להוכחת אימוצה של השיטה שאיננה רואה בפסק הבוררים פסק סופי, נגעו לעניין המוהר ולא לעניין הגירושין. העותרים מתחו ביקורת על בג"ץ, שהעדיף את פרשנותו שלו על זו של בית הדין השרעי ופעל בניגוד להלכה שלפיה בג"ץ לא יתערב בפסיקת בית הדין הדתי מבחינת נכונות הפסיקה לפי הדין הדתי (ראו דברינו בהרחבה בה"ש 9 לעיל). זאת ועוד, לטענתם, גירושין תקפים יכולים להיעשות רק על ידי הגורם המוסמך לכך, וממילא מינוי אישה כבוררת מביא לפגיעה בדיני איסור והיתר לנישואין וגירושין בהתאם לסייג המופיע בסעיף 5 לחוק שיווי זכויות האישה, שכן גירושין שייפסקו על ידי אישה יהיו בטלים. אציין כי כאמור בה"ש 8 לעיל, יש גישה המצדדת בכשירותן של נשים גם לתפקידי קאדי ממש, וכיוון שכך דומה שלא ניתן להגיד באופן חד-משמעי שאכן גירושין שנפסקו על ידי אישה יהיו בטלים, וצ"ע. עוד טענו העותרים כי יש תחולה גם לסייג שבסעיף 7(ג) רישא לחוק שיווי זכויות האישה, שכן לפי האסכולה המאלכית הבורר אכן צריך להיות אדם דתי ומשכיל בענייני השריעה וצריך לפסוק לפי הדין הדתי, וממילא יש לראות בתפקידו "מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין דתי". לבסוף טענו העותרים כי גם הסייג בסעיף 7(ג) רישא לחוק חל, כיוון שתפקיד בורר הוא תפקיד מעין-שיפוטי.

30 השופט אשר גרוניס סבר שאין מקום לדיון נוסף, כיוון שאין כל חידוש או קושי ייחודי בהכרעת בג"ץ. לדידו, הפסיקה תואמת את ההלכות הקודמות שניתנו בדבר פרשנות סעיף 130 ובעניין חוק שיווי זכויות האישה. השופט גרוניס מוסיף ואומר שאף אם אכן יש כאן הלכה חדשה לעניין תפקיד הבוררים, הרי שאין כאן הלכה מיוחדת וחריגה המשנה באורח מהותי נורמות קודמות.



3. משתי השאלות הללו מתעוררת ועולה השאלה השלישית: האם יכולים אנו לצפות לפסק דין של בג"ץ במבנה ובמתווה דומה, הדין בשאלת מינוין של נשים לתפקידי דיינות בבתי הדין הרבניים ומחייבם למנות נשים לתפקיד זה?

המהלך המשפטי העולה מפסק הדין מציע זווית חדשה ושונה לבחינת מינוין של נשים לתפקידי דיינות בבתי הדין הרבניים: בג"ץ מקנה חשיבות רבה לעובדה שלצד קיומה של עמדה שרעית השוללת מינוי נשים לתפקידי בוררות יש עמדה שרעית המאפשרת מינוי כזה. לגישת בג"ץ, עצם קיומה של עמדה המכירה בכשירות נשים לתפקידי בוררות מחייב את בית הדין השרעי לאמץ אותה מכוח עקרון השוויון.

אם כך, כדי לבחון את אפשרות יישומו של פסק בג"ץ גם על בתי הדין הרבניים עלינו לשאול תחילה אם יש בדין העברי עמדות המאפשרות את מינוין של נשים לתפקידים שיפוטניים, ולאחר מכן לשאול אם יוכל בג"ץ להורות לבתי הדין הרבניים לאמצן מכוח עקרון השוויון.

כדי להשיב לשאלות הללו אעייין תחילה בעמדת המשפט העברי לעניין כהונת נשים בתפקידי שיפוט, ולאחר מכן אבחן את כלל העקרונות שאותם התווה בג"ץ, אגב בחינת האפשרות ליישם על בתי הדין הרבניים.

עמדת המשפט העברי תיבחן בשני שלבים:

**בשלב הראשון** אפרוס את עמדתו של הדין העברי בדבר כשירותן של נשים לתפקידי שיפוט; אציג את העמדות השוללות לצד העמדות המתירות, אגב דיון במקורות השונים של כל עמדה וטעמיה. דיון זה כבר הוצג בכמה חיבורים מקיפים, וחשוב להדגיש שאף שאציג עמדות הלכתיות המצדדות באפשרות מינוין של נשים לתפקידי שיפוט, הרי שבספרות הפוסקים הוכרע שלכתחילה אין למנות נשים לתפקידים הללו. ואולם, לאור מתווה בג"ץ שהוצג לעיל, נודעת חשיבות חדשה לעצם קיום העמדה המכירה בכשירות נשים והצגתה, ולכן העיון ההלכתי בבירור שאלה זו הכרחי כנדבך ראשון לדיון.

**בשלב השני** אדון בשאלה אם אכן בהליכי גירושין יש צורך בהרכב של בית דין. ברצוני לבחון שמא כלל אין לחשוש לדעות ההלכתיות השוללות מינוין של נשים לתפקידי דיינות, כיוון שניתן יהיה למנותן לבית הדין הרבני ולטעון כי ההלכה איננה דורשת הרכב הלכתי של שלושה דיינים, אם בכלל, בנושאים המצויים כיום בסמכותם של בתי הדין במדינת ישראל. למיטב ידיעתי, הצעה מסוג זה וזווית הדיון בשלב השני היא מחודשת וטרם הועלתה. אפתח אפוא בבירור העמדות ההלכתיות השונות בשאלת כשירותן של נשים לתפקידי שיפוט.

### ג. נשים בתפקידי שיפוט: הדין העברי

כל הנכנס בשעריו של בית הדין הרבני יודע כי על הבמה המוגבהת באולמות בית הדין יפגוש דיינים גברים בלבד. ואולם, האם קיימת מניעה הלכתית לכך שעל כס הדיינות יכהנו גם נשים?

דומה ששאלה מקדמית היא, האם מאז ומעולם כיהנו בעולם היהודי רק גברים בתפקידי השיפוט? לכאורה לשאלה זו יש להשיב בשלילה, שהרי הכתוב בספר שופטים מעיד על אישה המכהנת כשופטת:

ודבורה אשה נביאה אשת לפידות, היא שופטה את ישראל בעת ההיא. והיא יושבת תחת-תומר דבורה בין הרמה ובין בית-אל בהר אפרים, ויעלו אליה בני ישראל למשפט.<sup>31</sup>

אם כך, כיצד זה השתרשה התפיסה, ובעקבותיה המציאות בפועל, המדירה את הנשים מתפקידי השיפוט? כאמור, על העמדות ההלכתיות השונות, מקורותיהן והבחנה בין התקופות השונות בשאלה זו כבר נכתבו מאמרים מקיפים ומעמיקים.<sup>32</sup> כיוון שכך, להלן יובאו הדברים בקצירת האומר בלבד וככל שיידרש להמשך הדיון מושא ענייננו.

### 1. מקורות תנאיים ואמוראיים

במקורות התנאיים אנו עדים למדרש ההלכה הדין בשאלת מינויה של אישה למלכה:

"שום תשים" [...] מלך, ולא מלכה [...]".<sup>33</sup>

ברבים מעדי הנוסח, כאן מגיעה לסיומה דרשת הספרי, המתייחסת אך ורק להגבלה המונעת מלהכתיר אישה כמלכה, אולם בחלק מעדי הנוסח מופיעה תוספת למדרש הספרי המרחיבה את המגבלה לתפקידי שררה בכלל:

"איש נכרי" – מיכן אמרו האיש ממנים פרנס על הציבור ואין ממנים האשה פרנסת על הציבור.<sup>34</sup>

כפי שאראה להלן, יש מי שיתלה בסיפא זו את העמדה השוללת מנשים את האפשרות לכהן בתפקידי שיפוט, אולם חשוב לעמוד על כך כי בספרי אין התייחסות לתפקיד שיפוטי במפורש,

31 שופטים ד 4–5.

32 עליוה בוק "דיינות נשים: ניתוח מקורות הדין ובחינתם לאור הפסיקה בדיינות ובשררה לדורותיה" להיות אשה יהודייה ג 77 (2005); אליעזר חדר "השנוה הכתוב אשה לאיש": על מעמדן של נשים בבתי הדין הרבניים 32–82 (2013); אילן פוקס למוד תורה של נשים ומקומן של נשים כממלאות תפקידים בהליך המשפטי פרק ז (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור", אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, 2009).

33 ספרי דברים, פרשת שופטים, פיסקה קנז (מהדורת א"א פינקלשטיין) הדורש את הפסוק בדברים יז 15: "שום תשים עליך מלך, אשר יבחר ה' אֱלֹהֶיךָ בו. מקרב אחיך תשים עליך מלך, לא תוכל לתת עליך איש נכרי, אשר לא אחיך הוא".

34 על זהותם של עדי הנוסח השונים, שינויי הנוסח בין מהדורות שונות של הספרי וכתבי היד, ראו עיונה הנרחב של בוק, לעיל ה"ש 32, בעמ' 89–95 ומדוע סבורה לבסוף כי הנוסח שמובא לעיל הוא אמין.

ומן ההקשר משמע שהכוונה היא לתפקידי שררה שלטונית.<sup>35</sup> כלל לא ברור שתפקיד שיפוטי אכן נכלל בהגדרה זו.<sup>36</sup> מקור תנאי אחר אכן מתייחס לתפקידים שיפוטניים מבלי להתייחס לשאלת כשירותן של נשים דווקא. כך המשנה במסכת נידה קובעת:

כל הכשר לדון, כשר להעיד. ויש שכשר להעיד ואינו כשר לדון.<sup>37</sup>

המשנה דנה בשאלת הקשר בין כשירותו של אדם להעיד לבין כשירותו לשמש כדיין.<sup>38</sup> מדברי המשנה משמע שאדם שכשיר לשמש כדיין בוודאי יהיה כשיר גם להעיד, לעומת זאת כשירות להעיד איננה מצביעה בהכרח על כשירות לדון. אף שבאופן אינטואיטיבי משמע שתנאי הכשירות לתפקיד דיין חמורים יותר, ולכאורה יש להסיק שאדם שאינו כשיר להעיד איננו כשיר לדון,<sup>39</sup> יש לדייק ולומר שהמשנה איננה אומרת כן, ויש לעיין בשאלה אם תיתכן אפשרות של פסלות לעדות מחד גיסא וכשירות לדון מאידך גיסא.<sup>40</sup> בניגוד למקורות התנאיים הללו, שבהם יש עמימות מסוימת בשאלת כשירותה של האישה לדון, הרי שבמקורות האמוראיים יש התייחסות מפורשת לנושא. התלמוד הירושלמי למד בדרך של גזרה שווה ומקיש בין פסלות האישה לדון לבין פסלות האישה להעיד.<sup>41</sup> בשלושה

- 35 שכן הדברים עוסקים במינויו של מלך.
- 36 אולם, ראו חידושי הריטב"א, שבועות ל ע"א, ד"ה "שבועת", המבין את האיסור גם לעניין דינות וכך מיישב את התקדים המקראי של דבורה כשופטת: "לא בתורת מינוי, דהא אמרינן בספרי שום תשים עליך מלך ולא מלכה והוא הדין לשאר משימות".
- 37 ו, ד.
- 38 על הקשר בין היכולת לדון ולהעיד עיינו אצל דניאל קינן היחס שבין העדים והדינים במשפט העברי (עבודה לשם קבלת תואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, 2000).
- 39 תוספות, גיטין פח, ע"ב, ד"ה "ולא"; תוספות הרא"ש, גיטין פח, ע"ב, ד"ה "לפניהם"; חידושי הרשב"א, בבא קמא טו, ע"א, ד"ה "אשר תשים"; ר"ן גיטין מט, ע"ב, בדפי הרי"ף, ד"ה "דבר אחר"; פני משה, סנהדרין פרק ג, הלכה ט; שיירי הקרבן, שם; "מראה פנים" שם, שמבאר שלפי השיטה שהמשנה בנדה עוסקת גם באנשים וגם בנשים (ובניגוד להצעת התוספות בבא קמא טו, ע"א, ד"ה "אשר תשים"), הרי שאם פסולה להעיד יש להסיק ממילא שפסולה לדון. על הקשר בין היכולת לדון ליכולת להעיד עיינו קינן, לעיל ה"ש 38.
- 40 ראו למשל הצעה כזו בדברי הרב חיים בן יעקב מרדכי הירשנזון (שו"ת מלכי בקודש, חלק שני, תשובה לשאלה ד, עמ' 185), המציע להסיק מלשון המשנה שהאישה אמנם איננה במצוות הדינים באופן הזה לזה שכשר להעיד, אך אין להסיק מכך שהיא פסולה לדון. ראו עוד שכותב שם שלדעת התוספות כל המשנה היא לדעת רבי מאיר בלבד ולא לשיטת חכמים. ראו דבריו שם, עמ' 188: "ברור שדעת התוספות ותוספי הרא"ש ז"ל שאשה כשרה לדון כרבנן".
- 41 על פסלותן של נשים לעדות, גבולות פסלות זו וטעמיה, ראו אצל שמשון אטינגר ראיות במשפט העברי פרק רביעי (2011); שמשון אטינגר "אשה כעד בדיני ממונות במשפט העברי" דיני ישראל כ-כא 241 (התש"ס-התשס"א); חדר, לעיל ה"ש 32; שו"ת מלכי בקודש, לעיל ה"ש 40, בעמ' 173, הרוצה לבסס את הקביעה שנשים פסולות לעדות רק כיוון שאינן במצוות עדות (לכך אינו

מקומות.<sup>42</sup> אף שמתודת ההיקש שונה בכל מקור, הרי שבכל שלושת המקורות מסקנת הירושלמי הזוהה היא שהאישה פסולה מלדון.<sup>43</sup> בניגוד לעמדתו הברורה של הירושלמי, גישתו של התלמוד הבבלי איננה כה חד-משמעית. כך לשון הבבלי:

אשכח רבי יעקב בר אחא דהוה כתיב בספר אגדתא דבי רב: בן נח נהרג בדיין אחד, ובעד אחד, שלא בהתראה, מפי איש ולא מפי אשה [...] "מיד איש" – ולא מיד אשה.<sup>44</sup>

הבבלי בדבריו מתייחס לשלילת כשירותה של אישה להתמנות כדיין או לשמש כעד לעניין משפטם של בני נח,<sup>45</sup> אך לא ברור שיש להקיש מכך על שלילת כשירותה באופן גורף.<sup>46</sup>

נותן נימוק מיוחד אלא כותב "כמו שאיננה בכמה המצוות", אך לא מטעמים של חוסר אמינות או שדעתן קלה. עיינו שם).

42 ההיקש, המופיע בשלושה מקומות בירושלמי ואשר יפורטו להלן, מתבסס על הביטוי "שני אנשים" המופיע בשניים מפסוקי התורה: (א) "וישאלו שני אנשים" (במדבר יא 26); (ב) "ועמדו שני האנשים" (דברים יט 17). המקור הראשון הוא הפסוק בספר במדבר, המובא לאחר מינוים של שבעים הזקנים כשופטי ישראל, ומפרשים אותו כעוסק בדיינים; המקור השני הוא פסוק מספר דברים, ומפרשים אותו כעוסק בעדים. מעניין לציין שהגדרת המקור המלמד אל מול המקור הנלמד שונה במקומות השונים שבהם מביא הירושלמי את הלימוד, אף שבכולם המסקנה הזוהה היא שהאישה פסולה להעיד כשם שהיא פסולה לדון. כך למשל, בירושלמי, שבועות ד, א (דפוס ונציה דף לה טור ב), המקור המלמד הוא המקור הראשון. התלמוד הירושלמי מניח כאקסיומה שאישה פסולה לדון, ונוכח קיומה של הגזרה השווה במלה "שני" מקיש הירושלמי ולומד למקור השני הנלמד, שהיא פסולה גם להעיד: "הרי למדנו שאין האשה דנה מעתה אין האשה מעידה" (וראו מהר"ם מלובלין, נדה נ, ע"א, ד"ה "בתוס"), המציע שנוסח הירושלמי משובש וכי מסקנת הירושלמי היא כי אינה מעידה ומכאן יש להסיק שאינה דנה, ולא שהנחת המוצא של הירושלמי היא שאינה דנה. מדבריו משמע שנוסח זה גם מערער את ראיית התוספות שאין האישה דנה, הנסמכת על לשון הירושלמי). גם בירושלמי, יומא ו, א (דפוס ונציה דף מג טור ב) המקור הראשון הוא המלמד והשני הוא הנלמד, אך המסקנה מנוסחת בצורה המהפכת לכאורה את תפקידי המקורות. במילים אחרות, המסקנה מנוסחת כך שפסול האישה לדון מוסק מפסול האישה להעיד: "הרי למדנו שאין האשה מעידה מעתה אין האשה דנה" (וראו חדד, לעיל ה"ש 32, בעמ' 90, לעניין האפשרות שנוסחו המקורי של הירושלמי היה שונה). ולבסוף, גם בירושלמי, סנהדרין ג, ט (דפוס ונציה דף כא טור ג) המקור הראשון המלמד ואילו השני הוא הנלמד, אך המסקנה מנוסחת עם טשטוש החלוקה הזו: "הרי למדנו שאין האשה דנה ולא מעידה" (לדיון נוסף במקבילות השונות בירושלמי עיינו אחיה דוידוביץ' "אשה פסולה לדון?" חמדת הארץ ה 62 (התשס"ז); דניאל כץ "תגובה למאמר – אשה פסולה לדון?" חמדת הארץ ה 67 (התשס"ז).

43 עם זאת, ראו שו"ת מלכי בקודש, לעיל ה"ש 40, בעמ' 183, המציע שגם מן הירושלמי אין מסקנה ברורה לאסור, ומציע לקרוא את הגזרה השווה בלשון של קשייה הנותרת בעינה, כלומר הירושלמי מתלבט אם יש ללמוד בגזרה שווה שהאישה אסורה גם לדון. עיינו שם.

44 בבלי, סנהדרין נו, ע"ב. הדרשה מתבססת על הפסוק מבראשית ט 5: "ואך את דמכם לנפשתיכם אדרש, מיד כל חיה אדרשנו, ומיד האדם מיד איש אחיו, אדרש את נפש האדם." רש"י, סנהדרין נו, ע"ב ד"ה "מפי איש", מבאר שהלימוד חל הן לעניין עדות והן לעניין דיינות.

פרשנות כזו, שאיננה שוללת את האפשרות שהאישה כשרה לדון, אף עולה בקנה אחד עם הכלל ההלכתי האחר המובא בתלמוד הבבלי, ונסמך על דרשת הפסוק "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם"<sup>47</sup>, הקובע כי אישה שווה לאיש לכל הדינים שבתורה:

השוה הכתוב אשה לאיש לכל דינין שבתורה.<sup>48</sup>

### סיכום עמדת מקורות התנאים והאמוראים

כעולה מן המקורות עד כה, במקרא אנו עדים לתקדים המתאר את דבורה הנביאה כאישה המכהנת על כס השיפוט. ואולם, ממקורות התנאים והאמוראים משמע שהתמונה מורכבת יותר ועולה האפשרות שמציאות כזו היא בבחינת חריג לכלל הפוסל אישה מלכהן בדיינות. אדגיש שרק בתלמוד הירושלמי מצאנו עמדה מפורשת הפוסלת את האישה מלדון, בעוד במקורות האחרים, דוגמת הספרי והתלמוד הבבלי, הוצגה עמימות בשאלה זו וממילא כר נרחב לעמדות פרשנות שונות של חכמי ההלכה והפוסקים.<sup>49</sup>

## 2. עמדת הראשונים בשאלת כשירותה של אישה לדון

בדברי הראשונים ניתן למצוא חילוקי דעות בשאלת כשירותה של אישה לדון כדלקמן:

- 45 כלומר משפטם של מי שאינם מוגדרים כישראל.
- 46 חשוב לשים לב שהדרשה כולה מדייקת דווקא עניינים ונושאים בהם דינם של בני נח שונה מדינם של ישראל. כך למשל העובדה שבן נח נהרג בלא התראה, על פי עדותו של עד קרוב וכו'. נוכח האמור, בהחלט ניתן לטעון שגם הגבלת כשירותה של האישה לשמש בדיינות היא ייחודית דווקא בעניינים של בני נח, אך שלא בבני נח כשרה לדון. ראו בעניין זה קושיית המנחת חינוך, מצוה עז, הסבור שבקל וחומר אם אסורה אישה לדון בבני נח, תהיה אסור לדון בישראל. אך דומה שקל וחומר שכזה איננו מוכרח, כיוון שבהמשך אותה דרשה למשל נקבע שבן נח נהרג על הריגתו של עובר מה שאין כן בישראל, כלומר יש עניינים שבהם נראה לכאורה דינו של בן נח חמור מזה של ישראל.
- 47 שמות כא 1.
- 48 בבלי, בבא קמא טו, ע"א. אף שפשטו של הכלל שאישה מחויבת בדיני התורה כמו האיש, הרי שבבבלי, גיטין פח ע"ב, משמש הפסוק שהינו המקור לדרשה – "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" (שמות כא 1) – כדי לקבוע את כשירות הדיינים, וכיוון שכך ראשונים רבים הפנו לנוסח הכלל הזה בבבלי כתמיכה בכשירותה של האישה לדון.
- 49 ידוע הכלל ההלכתי כי במחלוקת בין הבבלי לירושלמי פוסקים כדעת הבבלי. כך למשל בדברי הרי"ף, עירובין לה, ע"ב: "דכיון דסוגיין דגמרא דילן להתירא, לא איכפת לן במאי דאסרי בגמרא דבני מערבא דעל גמרא דילן סמכינן". שאלה היא כיצד להתייחס למצב שבו אין בבבלי התייחסות חד-משמעית לשאלה, ובמיוחד נוכח הכלל שהובא לעיל, הקובע שיש להשוות בכל הדינים נשים לאנשים ומצביע לכאורה על עמדה שונה. בעניין מחלוקת בין הבבלי לירושלמי ראו עוד שו"ת מלכי בקודש, להלן ה"ש 40, בעמ' 183.

**(א) דעות המתירות לאישה לדון**

יש מן הראשונים המביאים בדבריהם דעה המאפשרת לאישה לשמש בדיינות. אני מדייקת ונוקטת לשון "הבאת דעה" דווקא כיוון שבכל הפעמים לא מדובר בפסיקת הלכה להיתר, אלא העלאת אפשרות להיתר ויישובה למול מקורות הנראים לכאורה כפוסלים דיינות באישה.<sup>50</sup> כך למשל, בדברי התוספות<sup>51</sup> (וראשונים אחרים כמו הרשב"א,<sup>52</sup> הריטב"א,<sup>53</sup> הרא"ש,<sup>54</sup> בעל ספר החינוך<sup>55</sup> והר"ן<sup>56</sup>) מובאת עמדה המצדדת בהיתר אישה לדון על סמך דרשת הפסוק "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם",<sup>57</sup> המשווה אישה לאיש לכל דינין שבתורה ולכאורה אף לעניין דיינות.<sup>58</sup>

אציין שגם כאשר מציגים הראשונים הללו את העמדה המצדדת להתיר, הרי שבד בבד עם כך הם מדגישים שאין לראות בתקדים המקראי של דבורה הנביאה ראייה מכרעת לעמדה זו,<sup>59</sup> ומציעים הסברים שונים, שיובאו להלן, ליישובו של התקדים המקראי גם עם העמדה הפוסלת.

**(ב) דעות הפוסלות אישה מלדון**

כאמור, אותם ראשונים המביאים את העמדה המצדדת להכשיר, מביאים אף את העמדה הפוסלת את האישה מלדון.<sup>60</sup> בדרך כלל מובאות שתי העמדות זו לצד זו מבלי להכריע

- 50 דוגמת המשנה בנדה ו, ד שנרונה לעיל: ראו את הטקסט ליד ה"ש 38 לעיל וראו הצעות ליישוב הקושי בה"ש 61 להלן.
- 51 תוספות, גיטין פח, ע"ב, ד"ה "ולא"; תוספות, נדה נ, ע"א, ד"ה "כל הכשר". אציין שבתוך דברי התוספות הללו מובאות גם דעות לפסול את האישה מלדון, כפי שאביא בהמשך המאמר.
- 52 חידושי הרשב"א, בבא קמא טו, ע"א, ד"ה "אשר תשים": "ויש לומר דמתניתין דנדה באנשים מיירי ולא בנשים ואפשר שהאשה כשרה לדון בדכתיב בדבורה [...]".
- 53 חידושי הריטב"א, קידושין לה, ע"א, ד"ה "אשר תשים".
- 54 תוספות הרא"ש, קידושין לה, ע"א, ד"ה "אשר תשים".
- 55 ספר החינוך, מצוה עז.
- 56 ר"ן, גיטין מט, ע"ב בדפי הרי"ף, ד"ה "דבר אחר".
- 57 שמות כא 1.
- 58 תוספות, נדה נ, ע"א, ד"ה "כל הכשר"; חידושי הריטב"א, קידושין לה, ע"א, ד"ה "והא דמרבינן"; ראו גם שו"ת מלכי בקודש, לעיל ה"ש 40, בעמ' 188, המסכם מהלך עיוני במסקנה כי "דעת התוספות ותוספי הרא"ש ז"ל שאשה כשרה לדון כרבנן". עמדה זו מיישבת את דברי המשנה (נדה ו, ד) הקושרת בין הפסלות להעיד לפסלות לדון על ידי סיוג דברי המשנה דווקא לאנשים אך לא לנשים. כך כותבים התוספות, גיטין פח, ע"ב, ד"ה "ולא": "ויש לומר דכלל דפרק בא סימן באיש איירי כלומר כל איש הכשר לדון כשר להעיד". בעל ספר החינוך (מצוה עז) מציע יישוב אחר בהסתמכו על העיקרון ש"אין למדין מן הכללות" (בבלי, עירובין כט, ע"א), כלומר המשנה במסכת נדה אכן מצביעה על מתאם כלשהו בין הכשרים להעיד והכשרים לדון, אולם אין כאן מתאם מחייב וגורף דווקא.
- 59 הנימוקים להסתייגות זו יובאו להלן בקטגוריה של דעות האוסרות אישה מלדון.
- 60 תוספות, גיטין פח, ע"ב, ד"ה "ולא".

ביניהן, <sup>61</sup> אולם יש גם הנוטים בדבריהם באופן ברור לעמדה הפוסלת. <sup>62</sup> זו מתבססת בעיקר על המשנה בנדה, הקובעת כי מי שפסול מלדון פסול להעיד. <sup>63</sup> מדברי הראשונים משמע כי ברור ונהיר להם שהכלל נלמד גם באופן ההפוך, כלומר מי שפסול להעיד פסול לדון, וכיוון שהאישה פסולה לעדות משמע שהיא אכן פסולה גם מלדון. <sup>64</sup> הראשונים מביאים כתימוכין לעמדה זו גם את דברי הירושלמי המציג כזכור עמדה פוסלת ונחרצת. למול הסתירה לכאורה לכלל הקובע את שוויון האיש והאישה בכל הדינים שבתורה, <sup>65</sup> מוצעת תשובה המסייגת ומגבילה את דרשת הפסוק לנידונין, כלומר לבעלי הדין ולא לדיינים. <sup>66</sup> נימוק שונה, ולאמיתו של דבר כמעט יחידאי בדברי הראשונים, לפסילתה של האישה מלדון מובא בדברי הרמב"ם בהלכות מלכים, הפוסק:

אין מעמידין אשה במלכות שנאמר: "עליך מלך" ולא מלכה, וכן כל משימות שבישראל <sup>67</sup> אין ממנים בהם אלא איש. <sup>68</sup>

- 61 כך למשל, בתוספות, נדה נ, ע"א, ד"ה "כל", מובאת העמדה הנוגדת בלשון "אי נמי"; חידושי הריטב"א, קידושין לה, ע"א, ד"ה "אשר תשים", המביא בלשון "יש שפירשו" את הדעה המתירה ובלשון "ויש פוסלין" את הדעה הפוסלת.
- 62 ראו למשל הר"ן, גיטין מט, ע"ב בדפי הר"ף, המביא את הדעה להיתר וכותב: "וליתא"; ים של שלמה, יבמות, פרק ד, ד"ה "עבדיה". וכך משתמע גם מדברי התוספות הרא"ש, גיטין פח, ע"ב, ד"ה "לפניהם"; אור זרוע, חלק ג, פסקי בבא קמא, סימן צג, טו, ע"א; ספר החינוך, מצוה עז, הכותב: "והנראה מן הדברים ומן הסברא שאינן בתורת דין" (וראו בזק, לעיל ה"ש 32, בעמ' 84, המביאה דעות הסוברות שניתן לדייק מדברי בעל ספר החינוך במקומות אחרים שאכן מצדד בהיתר לדיינות נשים. וצ"ע); חידושי הרמב"ן, שבועות ל, ע"א, ד"ה "שבועת".
- 63 משנה, נדה ו, ד.
- 64 הדרך שבה הם מיישבים בכל זאת את הדעה המובאת להתיר אישה בדיינות היא כאמור על ידי סיווג של הכלל לאנשים בלבד ולא לנשים. וראו הרב יונה דברת "ברור הלכה בדבר מינוי נשים לתפקידי ציבור והשתתפותן בהצבעה באסיפה בישוב השיתופי" הקיבוץ בהלכה: הקהילה השיתופית לאור ההלכה – אסופת מאמרים 291 (מהדורה שנייה מורחבת, 1988), המדגיש שאין מדובר בכלל שהינו מקור לדין בפני עצמו, אלא זהו כלל סידורי כדבריו, המסכם את הדינים לפי הכלל האמור, אך לכל דין מקור עצמאי. מסקנת עיונו הוא שגדר איסור האישה לדון הוא מכוח שררה (כפי שמבאר הרמב"ם) או מכוח גזרה שווה (המובאת בירושלמי, סנהדרין ג, ט (דפוס ונציה) דף כא טור ג).
- 65 ראו בטקסט הצמוד לה"ש 47 לעיל.
- 66 למשל, תוספות, נדה נ, ע"א, ד"ה "כל"; תוספות, שבועות כט, ע"ב, ד"ה "שבועת"; תוספות הרא"ש, גיטין פח, ע"ב, ד"ה "לפניהם".
- 67 ההדגשה נוספת. ראו משנה תורה, מלכים, פרק א, הלכה ד, שם מגדיר הרמב"ם מהן שררות כאשר הוא דן בפסלותו של נוכרי מלהתמנות: "[...] ולא למלכות בלבד, אלא לכל שררות שבישראל. לא שר צבא, לא שר חמישים או שר עשרה. אפילו ממונה על אמת המים שמחלק ממנה לשדות. ואין צריך לומר דין או נשיא, שלא יהא אלא מישראל. שנאמר 'מקרב אחיך תשים עליך מלך' – כל משימות שאתה משים עליך לא יהו אלא 'מקרב אחיך'". לכאורה משמע שכך יפרש גם את פסולתה של אישה מלהתמנות לתפקידי שררה (וצ"ע אם יש מקום לדייק בשינוי הלשון בין ביטוי

דומה שהרמב"ם מסתמך על עד הנוסח לספרי דברים (מהדורת פינקלשטיין) שהובא לעיל ודורש את הפסוק עם תוספת הסיפא:

"שום תשים" [...] מלך, ולא מלכה [...] "איש נכרי" מיכן אמרו האיש ממנים  
פרנס על הציבור ואין ממנים האשה פרנסת על הצבור.<sup>69</sup>

בלשון הרמב"ם יש אכן הד לנוסח הספרי המורחב, ובהחלט ייתכן שנוסח זה הוא שעמד בפניו והיה הבסיס לפסיקתו. ואולם, חשוב לציין שיש מי שמקשה ותמה על פסק הרמב"ם ומקורותיו,<sup>70</sup> ועמדתו זו איננה מובאת בדברי מרבית הראשונים.<sup>71</sup>

"משימות" שנוקט לעניין פסלות אישה ובין ביטוי "שררות" שנוקט לעניין נוכרי. ואולם, עיינו בשאלה זו על אודות חילופי הדברים בין הרב יוסף קאנוויץ והרב יעקב לוינזון בשו"ת דברי יוסף, סימן יז, ובעמדתו של הרב לוינזון שדברי הרמב"ם מתייחסים רק לנוכרי ולא לאישה. מכל מקום, מעניין לראות שכאשר דן הרמב"ם בבתי דין של בני נח במשנה תורה (מלכים, פרק ט, הלכה יד), הוא פוסל אישה מלדון וכותב: "[...] אבל לא בעדות אישה ולא תרון אישה להם". ויש לעיין שמא קושר כאן בדומה לדיון שראינו לעיל בין פסלות להעיד לפסלות לדון.

משנה תורה, מלכים, פרק א, הלכה ה. 68

לעיל ה"ש 33. 69

כפי שכבר ציינתי בדבריי לעיל (ראו הדיון בטקסט הצמוד לה"ש 34). יש שינויי נוסח בספרי ובמספר ניכר של כתבי יד, שבהם מופיע נוסח שבו אין זכר לסיפא המובאת לעיל: "ואין ממנים האישה פרנסת על הציבור" (המובאת למשל בספרי מהדורת איש-שלום), כלומר לצד הנוסח המגביל מפורשות את כשירותה של האישה להתמנות לכל התפקידים המוגדרים כ"פרנסת על הציבור" יש מספר לא מבוטל של עדי נוסח הקובעים שהאישה איננה כשירה להתמנות דווקא כמלכה – הא ותו לא (עוד על שינויי הנוסח בין מהדורות שונות של הספרי וכתבי היד ראו עיונה הנרחב של בזק, לעיל ה"ש 32, בעמ' 89–95, ומדוע סבורה לבסוף כי הנוסח המורחב שמובא לעיל הוא אמין). מצדדי הנוסח המקוצר אכן תמהים על פסק הרמב"ם הגורף המונע מאישה כל תפקידי שררה, ותולים אותו בסברה עצמאית המרחיבה את מגבלת הכשרות מכוח ההיקף גרידא. ראו למשל כנגד היקף זה בדברי הרב הירשנזון, שו"ת מלכי בקודש, לעיל ה"ש 40, בעמ' 193. יש אף המקשים שמא גם לפי הנוסח הרחב של הספרי אין לכלול במונח "פרנסת" גם תפקידי דיינות אלא תפקידי שררה והנהגה בלבד (ראו הרב יעקב לוינזון התורה והמדע פרק שלישי 39 (התרצ"ב), שבו הוא עוסק בבחירת נשים מנקודת ההלכה ומביא תימוכין לדבריו מקריאתו גם בדברי הרשב"א והר"ן. עיינו שם). יתר על כן, אציין שגם נוסחו הצר של הספרי, הפוסל אישה מתפקידי מלוכה בלבד, מעורר קושי. הרי ידוע לנו כי שלומציון המלכה שימשה במלכות בתקופת התנאים ואף זוכה לדברי שבח מצד חז"ל (למשל: ויקרא רבה (וילנא) פרשת בחוקותי, פרשה לה, המאזכרת את גשמי הברכה בתקופתה), מבלי שתידון במקורות השאלה אם מלכותה באיסור יסודה. ייתכן שיש ללמוד מכך שחכמים לא פסקו כשיטת הספרי, אף לא בנוסחו המצומצם הקובע שאישה אסורה לכהן כמלכה (לעניין שלומציון המלכה ראו הרב יצחק ניסנבוים "על דבר זכויות הנשים" האשה במקורות היהדות – הגות: מאסף למחשבה יהודית ה' 77 (התשמ"א), שמדבריו משמע שסבור שמציאותה של שלומציון כמלכה מוערכת מוכיח שלא היה מקובל איסור כזה; כן ראו הרב חיים דוד הלוי "זכות אשה לבחור ולהבחר" תחומין י' 118 (התשמ"ט), המזכיר גם את מלכותה של עתליה; ועיין דברי הרב דוד צבי הופמן "חוות דעת: על אודות בחירות ע"י נשים ובחירתן ע"י אחרים" הקיבוץ בהלכה: הקהילה השיתופית לאור ההלכה – אסופת מאמרים 286



מצדדי העמדה הפוסלת נשים מתפקידי שיפוט צריכים כמובן להתמודד עם התקדים המקראי של דבורה הנביאה. בדבריהם אנו מוצאים כמה הסברים מרכזיים ליישוב קושי זה, והמשותף לכולם הוא הטענה שדבורה הנביאה לא כיהנה כשופטת, אם בכלל, מכוח מינוי.<sup>72</sup> עיון בהסברים השונים מעלה מן הצד האחד הסברים הגורסים כי דבורה כלל לא הייתה קשורה למערכת השיפוט אלא שימשה כמנהיגה בלבד,<sup>73</sup> או שהייתה רק דמות "אקדמית-הלכתית"

(מהדורה שנייה מורחבת, 1988), המסביר שאכן מלכותה של שלומציון הייתה משום חריג: הן כיוון שכיהנה בצוואת בעלה ינאי המלך, והן כיוון שהחזירה מסורת ההלכה וקירבה את הפרושים, שנרדפו בעת מלוכתו של ינאי הצדוקי.

71 אמנם בדברי כמה מראשוני ספרד מצוין האיסור המופיע בספרי לעניין מינוי מלכה בהקשרה של דבורה, אולם לא כדי לטעון שיש איסור למנותה כשופטת מכוח דברי הספרי, אלא דווקא לאחר הניסיון לטעון כי לא כיהנה כשופטת ממש אלא כמנהיגה וכניסיון ליישב מדוע היתה מנהיגה איננו סותר את איסור הספרי. כך למשל, בדברי הרשב"א, שבועות ל, ע"א, ד"ה "ולא בנשים", לאחר שטוען שדבורה הייתה מנהיגה ולא שופטת, מביא את שיטת הספרי לעניין איסור מינויה כמלכה, ומסייג שנהגו בה כדין מלכה ולא מלכה ממש (לכאורה, אילו צידד בשיטת הרמב"ם, גם עצם היותה מנהיגה שנוהגים בה כדין מלכה מקים את האיסור). יחד עם זאת בדברי הר"ן, שבועות ל, ע"א, ד"ה "שם בגמרא", ובחידושי הריטב"א, שבועות ל, ע"א, ד"ה "מתני' שבועות", מביאים את איסור הספרי ומתמצים שלא מונתה לתפקיד ההנהגה, אלא שקיבלו את דבריה ומתנהגים על פי עצתה. אולי מכאן משמע שאכן סוברים שבספרי טמון איסור על כל תפקידי שררה. ועיינו פלפול ארוך בדברי הראשונים בדברי הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן מה, הסבור שהריטב"א אכן מסכים לדברי הרמב"ם, אך שראשונים אחרים חולקים עליו: "אבל רש"י ותוס' והרא"ש והר"ן ורמב"ן פליגי ומסתבר שכן סובר גם הרשב"א". אמנם, לדבריו, כיוון שיש כאן מחלוקת גדולים יש להחמיר כשיטת הרמב"ם אלא במקום שצורך גדול כגון זה שהובא בפניו (שם, בסימן מד), בדבר אלמנה דלה, והשאלה אם היא יכולה לשמש כמשגיחת כשרות במקום בעלה. ראו גם בדברי הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג תחוקה לישראל על-פי התורה כרך א – סדרי שלטון ומשפט במדינה היהודית 44 (איתמר ורהפטיג עורך, 1989), שבתחילת דבריו נראה שהוא מצדד בשיטת הרמב"ם, שאישה פסולה מלדון גם מדין שררה ושם אכן כך, לא ניתן להתיר את מינויה אף לא מכוח קבלה. ואולם, לאחר מכן הוא מסיק שהתוספות חולקים על הרמב"ם, ושמשמע שגם הירושלמי איננו מצדד בשיטה הראוה בדיינות שררה, וסבור שכיוון שיש צדדים נוספים להקל, ניתן להסתמך על קבלה כדי להתיר מינוי של אישה. עוד על שיטת הרמב"ם ומקורותיה ודעת שאר האחרונים, ראו הרב דברת, לעיל ה"ש 64.

אלא, כפי שאראה להלן, מכוח קבלת הציבור או הוראת שעה ייחודית.

72 כך למשל חידושי הריטב"א, קידושין לה, ע"א, ד"ה "אשר תשים": "שופטה את ישראל – כלומר מנהגת ודברית", חידושי הרשב"א, שבועות ל, ע"א, ד"ה "ולא"; ראו גם חידושי הרמב"ן, שבועות ל, ע"א ד"ה "שבועות"; ראו גם חידושי הר"ן על הרי"ף, שבועות יג, ע"א, ד"ה "אלא בראויין". יש לומר כי לחכמי ספרד אף טיעון כזה מעורר קושי, נוכח עמדת הרמב"ם שאין למנות אישה לתפקידי שררה, כיוון שכך אנו מוצאים בדבריהם תירוצים שונים כגון: "נוהגין היו בה דין מלכה" (חידושי הרמב"ן, שם; וכן חידושי הרשב"א שם; חידושי הר"ן, שם), אף על פי שלא הייתה בעלת מינוי של שררה ממש ו"מקבלין היו דבריה ברצון" (חידושי הרמב"ן, שם). עוד על הקושי בהסברים הטוענים כי לא הייתה שופטת ממש למול לשונם הייחודית של הפסוקים אשר דווקא מדגישים את פועלה השיפוטי של דבורה ביחס לתפקידם של שופטים אחרים, ראו הרב שמואל אמיתי "דבורה בספרות חז"ל" אפיקי נחלים ה 115 (התשל"ג).

בתוך מערכת השיפוט והייתה מלמדת ומכשירה את הדיינים אך לא שופטת בפועל.<sup>74</sup> מן הצד האחר אנו עדים להסברים המניחים שדבורה אכן שימשה בתפקיד שיפוטי, אך הדבר התאפשר דווקא כיוון שהייתה נביאה,<sup>75</sup> או שדבורה דנה מכוח קבלתה על ידי הציבור.<sup>76</sup> מדברי הריטב"א<sup>77</sup> משמע שקבלתה הייתה על ידי בעלי הדין כעין בורות: "שקבלוה עליהם לדין שהמקבל עליו לדין ולעדות קרוב או פסול דינו דין ועדותו עדות [...]"<sup>78</sup>. יש כאן אפוא שימוש במנגנון הלכתי מוכר המאפשר לבעלי הדין לקבל עליהם דיין פסול,<sup>79</sup> ובכלל זה אף נשים.

74 תוספות, נדה נ, ע"א, ד"ה "כל הכשר"; תוספות, שבועות כט, ע"ב, ד"ה "שבועת העדות"; תוספות הרא"ש, קידושין לה, ע"א, ד"ה "אשר תשים"; הר"ן על הרי"ף, גיטין מט, ע"ב, ד"ה "דבר אחר". כך למשל בחידושי הרשב"א, בבא קמא טו, ע"א, ד"ה "אשר תשים": "לא שהיא בעצמה דנה אלא שמלמדת להם". ומבאר הריטב"א לשבועות ל, ע"א, ד"ה "שבועת": "זה שהיו מתנהגים על פיה לא בתורת מינוי [...] אלא שמתנהגים על פי עצתה" בדבריו של בעל ספר החינוך (מצוה עז) אף ממד הסמכות של הוראת הדינים נעלם כשהוא מסביר: "שאפשר לנו לתרץ שלא היה הדין נחתך על פיה אבל היתה אשה חכמה ונביאה והיו נושאים ונותנים עמה אפילו בדברים של איסור והיתר ודינין גם כן". מעניין לראות בדברי האור זרוע, חלק ג, פסקי בבא קמא, סימן צד, הצגה הפוכה מעט: "היא שהיתה מושלת עליהם ועושה עפ"י הדיינים". כלומר, דבורה היא שהוציאה לפועל את פסקי הדיינים.

75 בהבנת הקשר בין היותה נביאה לבין התפקיד בו כיהנה ניתן למצוא דיוקים שונים. בכמה מקומות משמע שמשום שכינה שורתה עליה קיבל אותה הציבור עליו כשופטת (תוספות, גיטין פח, ע"ב, ד"ה "ולא לפני"; תוספות, בבא קמא טו, ע"א, ד"ה "אשר"): "שמה קיבלו אותה עליהם משום שכינה" ובלשון שונה מעט בתוספות, שבועות כט, ע"ב, ד"ה "שבועת העדות": לפי שהיתה נביאה היו מקבלים אותה עליהם; וכן תוספות הרא"ש, קידושין לה, ע"א, ד"ה "אשר תשים": משום נבואה קבלו אותה עליהם; בית יוסף, חושן משפט, סימן ז, ס"ק ד. אולם יש מקומות מהם משמע שהייתה נביאה אינו רק הסבר לקבלת הציבור, אלא הנו גורם קריטי בכהונתה. כך למשל דברי התוספות, נדה נ, ע"א, ד"ה "כל הכשר": "ודבורה היתה דנה על פי הדיבור" (ראה גם תוספות, יבמות מה, ע"ב, ד"ה "מי": "על פי הדיבור – שאני"). לכאורה ניתן להבין שדבורה שפטה בפועל מכוח הנבואה ושבישופטה הייתה כעין צינור שמימי לדבר האל או שהסיבה לכך שכינה כשופטת הייתה צו שמימי ייחודי. כך לכאורה משמע מדברי הפרישה, חושן משפט, סימן ז, ס"ק ה: "על פי הדיבור קבלוה"; ראו גם שו"ת דברי יוסף, סימן יז, המבאר שהקב"ה גילה על פי הדיבור שרצונו שדבורה תשפוט את ישראל, וכיוון שכך לא עברו ישראל על מינוי אסור; ראו מאידך הרב הירשנזון, שו"ת מלכי בקודש, לעיל ה"ש 40, בעמ' 185, שהכוונה איננה שהותר לה דבר שאסור לכתחילה ושהיה צורך בהוראת שעה, אלא רק שהדיבור הורה לה לעשות כן; ראו גם דברי הרב משה רבקהש באר הגולה חושן משפט, סימן ז, ס"ק י, בביאורו לשולחן ערוך הכותב כי: "הוראת שעה היתה"; וראו גם בזק, לעיל ה"ש 32.

76 ידושי הרשב"א, בבא קמא טו, ע"א, ד"ה "אשר תשים" המסביר: "בשקבלוה עליהם"; הר"ן על הרי"ף גיטין מט, ע"ב, ד"ה "דבר אחר"; כך מדייק גם שו"ת דברי יוסף, סימן יז.

77 חידושי הריטב"א, שבועות ל, ע"א, ד"ה "שבועת"; כך משמע גם מדברי הרמב"ן, שבועות ל, ע"א, ד"ה "שבועת" הכותב: "שמקבלין היו דבורה ברצונם"; כך גם בחידושי הר"ן, שבועות ל, ע"א, ד"ה "שם בגמרא".

78 בבלי, סנהדרין כד, ע"א.

79 משנה, סנהדרין ג, ב.

מדברי בעל ספר החינוך משמע שהקבלה הייתה על ידי ראשי ישראל ו"אחריהן כל אדם ידון על פיה". עולה מלשונו שקבלתה על ידי מנהיגי הקהל מחייבת לאחר מכן ומעניקה לה את הסמכות לדון גם כל אדם אחר.<sup>80</sup>

אם כך, לפי שלושת ההסברים הראשונים אין לראות בתקדים של דבורה כל ראייה לאפשרות שאישה תכהן על כס הדיינות ככלל (משום שדבורה לא שימשה כדיינת או משום שהתקדים נבע מציווי שמימי או מייחודה כנביאה). ואולם, לפי ההסבר הרביעי נפתחת האפשרות לכהונת אישה בתפקיד שיפוטי במצב שבו יקבל עליו הציבור את סמכותה של אישה כדיינת. ציון כי בעוד קבלה שכזו תועיל ודאי בדיני ממונות, הרי שבאפשרות קבלתו של דיין פסול בתחומים אחרים של המשפט מצינו דעות שונות.<sup>81</sup>

### סיכום עמדת הראשונים

מדיוני הראשונים עלתה תמונה מורכבת בשאלת כשירותה של אישה לדון וראינו כי חכמי ההלכה מעלים בדבריהם טיעונים לכאן ולכאן. לא כך הם פני הדברים כאשר אנו בוחנים את ספרות הפוסקים. בספרות הפוסקים אנו מוצאים הכרעה לפי הדעה הפוסלת את האישה מלדון.<sup>82</sup> כך כאמור בדברי הרמב"ם,<sup>83</sup> הרא"ש,<sup>84</sup> הר"ן,<sup>85</sup> וכך בפסקנות, ומבלי להביא את העמדות החולקות,<sup>86</sup> בדברי הטור<sup>87</sup> והשולחן ערוך,<sup>88</sup> וזוהי אף מסקנתם של נושאי הכלים לקודקסים ההלכתיים הללו.<sup>89</sup>

- 80 ראו כך גם בדברי הרב יצחק ניסנבוים, לעיל ה"ש 70, בעמ' 80.
- 81 ראו למשל דברי התומים, חושן משפט, סימן ז, המביא את דברי הכנסת הגדולה, חושן משפט, סימן ז, בפירושו על הבית יוסף, ואשר מדבריו משמע שאכן ניתן לקבל דיין פסול בכל התחומים, אך הוא עצמו מסתייג וסבור שדווקא בדיני ממונות. ראו לעניין זה גם דברי הרב הירשנזון, לעיל ה"ש 40, בעמ' 190, הסבור שנשים כשירות לדון גם בדיני נפשות, והוא מבאר: "רק לדיני נפשות היינו חושבים לאוסרן משום דרשתם ז"ל 'אתך – בדומים לך', אמנם גם בזה דעת התוספות והרא"ש ז"ל דלא נאמר רק לענין יחוס משפחה למיעוט ממזר [...] ומותר לנו עתה לבחור לאשה בכל השימות אשר יש לנו היום רשות לשום בדיני ממונות והנהגות העיר וכדומה, וגם לדיני נפשות [...]".
- 82 פסיקתם (מלבד כמובן זו של הרמב"ם), מתייחסת לאיסור לדון ולא לאיסור מינוי לשררה ככלל.
- 83 משנה תורה, מלכים, פרק א, הלכה ה.
- 84 תוספות רא"ש, שבועות ל, ע"א.
- 85 הר"ן על הרי"ף, גיטין מט, ע"ב, המביא את הדעה להיתר וכותב "וליתא".
- 86 ראו התמיהה על התעלמות זו בדברי החיד"א בספר ברכי יוסף, חושן משפט, סימן ז, ס"ק יא (המסכים בדבריו לתמיהת בעל הדמשק אליעזר).
- 87 טור, חושן משפט, סימן ז.
- 88 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ז סעיף ד.
- 89 בית חדש, חושן משפט, סימן ז, סעיף ה; פרישה שם, סעיף ה; סמ"ע שם, סעיף י; גר"א, שם, סעיף יד; באר היטב שם, סעיף ז.

**3. עמדת חכמי ההלכה בעת החדשה**

תמורות הזמן והמקום לא הניחו לשאלה ההלכתית לשקוט על השמרים. סוגיית מינוין של נשים לתפקידי שררה והנהגה בכלל (ולעיתים תוך התייחסות גם לשאלת דיינות בפרט<sup>90</sup>) שבה והתעוררה בשנת 1918, עת עלתה לדיון שאלת זכותן של נשים לבחור ולהיבחר ביישוב היהודי המתחדש בארץ ישראל.<sup>91</sup>

השאלה עוררה קשת נרחבת של תגובות מצד אנשי הלכה שונים.<sup>92</sup> יש מי שסבר שנשים אינן צריכות לא לבחור ולא להיבחר;<sup>93</sup> יש מי שהתיר לנשים לבחור אך לא להיבחר;<sup>94</sup> יש מי שצייד בזכות הנשים לבחור ולהיבחר גם יחד.<sup>95</sup>

מעיון בכתביהם של גדולי הדור המתייחסים לשאלה זו עולה כי מרבית נימוקיהם של האוסרים אינם נשענים על הצגת עמדה הלכתית מנומקת וסדורה המונעת מנשים תפקידי

90 ראו למשל הרב הירשנזון, שו"ת מלכי בקודש, לעיל ה"ש 40, סעיף ב, המתייחס בדבריו מפורשות גם לכשירותה של האישה לדון ומאריך להוכיח כי כשרה לכך; כן ראו הרב ניסנבוים, לעיל ה"ש 70, שאכן מזכיר בדבריו גם את הדיון והמחלוקת בשאלה אם אישה כשרה לדון ומדבריו משמע שמצדד להיתר; כן ראו הרב לוינזון, לעיל ה"ש 70, שמדבריו משמע שיש אפשרות למנות אישה לדיינות, אך מגביל זאת בתקנת זמנית ולא כחוק קבוע; שו"ת משפטי עוזיאל, כרך ד, חושן משפט, סימן ה; ראו גם הרב חיים דוד הלוי, לעיל ה"ש 70, הסבור שבדאי אין בעיה שתדון מכוח קבלה ושקבלת גדולי הקהל מספיקה, וכותב שלעניין בחירות כלליות ולהעניק לנשים מעמד שווה זאת נוכח החלטת האסיפה המכוננת השנייה לקיים בחירות כלליות ולהעניק לנשים מעמד שווה בעניין זה. אציין כי באותה העת שאלת מתן זכויות בחירה לנשים עוררה פולמוס ציבורי חוצה ארצות, גבולות ודתות ברחבי העולם כולו, מבלי כל קשר לדיון ההלכתי-יהודי. על השנים שבהן ניתנו זכויות בחירה לנשים בארצות השונות, ראו גם יחזקאל כהן "המחלוקת בין הרבנים קוק ועוזיאל וצ"ל על מתן זכות בחירה לנשים" האשה במקורות היהדות הגות: מאסף למחשבה יהודית ה' 83 (התשמ"ג).

92 על סקירת התגובות והדעות השונות ראו אלון בבג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 247-272 (1988), וכן בזק, לעיל ה"ש 32, בעמ' 101.

93 ראו למשל: דברי הרב קוק המובאים להלן; הרב ישראל זאב מינצברג זאת חוקת התורה: בירור הלכה ע"ד זכות הבחירה לנשים (התר"פ); ראו גם את ביקורתו החריפה על דבריו של הרב מינצברג בדברי הרב הירשנזון, לעיל ה"ש 40, בעמ' 179, הכותב על האופן שבו מקבץ הרב מינצברג מאמרי אגדה שונים המציינים מידות רעות בנשים כי: "יש לו השקפה נוראה על נשים"; עיינו גם בדברי השופט אלון בבג"ץ שקדיאל, לעיל ה"ש 92, פס' 30, המונה גם את הרב חיים עוזר גרודזינסקי ואת החפץ חיים בין המצדדים לאיסור; עיינו בזק, לעיל ה"ש 32, בעמ' 102, המפנה לכרוזים שעליהם חתומים הרבנים הללו ויוצאים כנגד זכות נשים לבחור ולהיבחר, ועיינו עוד מצדדי דעה זו שם.

94 ראו למשל דברי הרב דוד צבי הופמן, לעיל ה"ש 70.

95 הרב יצחק ניסנבוים, לעיל ה"ש 70; שו"ת משפטי עוזיאל, כרך ד, חושן משפט, סימן ו; הרב הירשנזון, לעיל ה"ש 40; הרב יעקב לוינזון, לעיל ה"ש 70, פרק רביעי, הכותב שלדעתו אין כל איסור, אך מסיים: "ואין אני חפץ להחליט זה ולקבוע בו מסמרים, אבל הגדתי מה שנראה בעיני [...]"; הרב חיים דוד הלוי, לעיל ה"ש 70; וראו דברי הרב זולטניק המצוטטים בבג"ץ שקדיאל, לעיל ה"ש 92, פס' 29 וראו שם בדברי השופט אלון, שמונה בין המצדדים גם את הרב מימון.

שררה,<sup>96</sup> ובמידה רבה מדובר בשלל נימוקים הנוגעים יותר לחשש מפני פגיעה בצביונו של הבית היהודי ומעמד המשפחה ולחשש פגיעה בצניעות בין המינים. כך למשל בדברי הרב קוק, אשר עמד בראש המחנה הדתי ציוני, המתנגד להענקת זכות הבחירה לנשים אך איננו מציג בדבריו נימוקים הלכתיים סדורים לעמדתו.<sup>97</sup>

דברים דומים עולים אף מתשובתו של הרב ויינברג, בעל שו"ת השרידי אש, אשר בתשובה אחת<sup>98</sup> אמנם מביע את דעתו לאסור,<sup>99</sup> אולם זאת תוך שהוא כותב מפורשת כי מצד הדין אין שום יסוד לכך וכי הסתייגותו היא מצד היעדר הצניעות שבעניין והעובדה שלא נהגו כך עד היום. מעניין לראות כי בתשובה מאוחרת יותר הוא מביא את המחלוקת שהתגלעה בין חכמי ההלכה בשאלה זו ונמנע מלהביע את עמדתו בכותבו: "ולמה לי לתקוע את עצמי במקום מחלוקת של האוסרים ומתירים, נניח הדבר לזמן שיבוא ויכריע".<sup>100</sup>

למול העמדות השוללות הללו ניצבים חכמי הלכה בני זמננו שציידו בהענקת הזכות לבחור להיבחר לנשים. בדבריהם אנו מוצאים התייחסות לשיטתו של הרמב"ם, האוסרת על האישה כל תפקידי שררה, אגב הטלת ספק בשאלה אם הלכה למעשה אכן יש לחשוש משיטתו.<sup>101</sup> כך

96 אולם יש לסייג כי הרב דוד צבי הופמן, לעיל ה"ש 70, אכן מבסס את דבריו של שיטת הרמב"ם, שאותה הוא סומך לדברי הספרי דברים שהובאו לעיל.

97 ראו הרב אברהם יצחק הכהן קוק מאמרי הראי"ה 189 (מהדורה מתוקנת, התשמ"ח), שם מובא מכתב גלוי לכבוד ועד הסתדרות "המזרחי"; וכן שם, בעמ' 191, תחת הכותרת "תשובה כללית". לדבריו של הרב קוק עצמו, הוא אך פורס את "הכרתו הפנימית" בדבר השאלה. מדבריו משמע כי עיקר גישתו, השוללת מצב שבו נשים בוחרות ונבחרות, מתבססת על כך שכדבריו: "בתורה בנביאים ובכתובים, בהלכה ובאגדה, הננו שומעים קול אחד, שחובת עבודת הצבור הקבועה מוטלת היא על הגברים, 'שהאיש דרכו לכבש ואין האשה דרכה לכבש', ושתפקידיה של משרה, של משפט ושל עדות, אינם שייכים לה, וכל כבודה היא פנימה. וההשתדלות למנוע את תערובות המינים בקבוצים היא כחוט חורו במהלך התורה בכללה [...]". אין כאן הפניה לאסמכתא פסקנית וברורה האוסרת תפקידי שררה על נשים, אלא טיעון הגורס שמאז ומעולם לא נהגו נשים לשמש בתפקידים ציבוריים, בעיקר מצד צניעות. בדבריו הוא פורס באופן נרגש את חששו מפני הפגיעה במעמדן של הנשים (ואף של המשפחה), ומתריע (שם, "תשובה כללית"): "חלילה לנו להשביח את הזהר של חיי אחיותינו, ולתן מקום למרר אותם על ידי המולת הדעות ומחלוקותיהן בעניני הבחירות והשאלות המדיניות". אציין שבכרוז שכתרתו "החלטת אספת רבני א"י", ושעליו חתום הרב קוק לבדו, נכתב בלשון חריפה יותר וחד-משמעית: "הוחלט שהסעיף של השתתפות הנשים בבחירות כמו שנתקבל בוועד הזמני הוא נגד דת משה ויהודית ונגד רוח האומה בכלל" (לשון הכרוז מובאת בתוך מאמרו של ר' יחזקאל כהן לעיל ה"ש 91, בעמ' 86, וראו שם בעמ' 87 התגובה על עמדה חד משמעית זה מצד ראשי ה"מזרחי"). כרוז זה איננו נושא עמו נימוק הלכתי מפורט, אולם בהחלט נוקט לשון פסקנית ואוסרת. אציין כי המונח "דת יהודית" מתייחד בדרך כלל אף הוא להתנהגות של אישה החורגת מהנורמה המקובלת בזמנה.

98 שו"ת שרידי אש, חלק א, סימן קנו.

99 כדברי הרב דוד צבי הופמן, לעיל ה"ש 70, אף שאומר שסתר את כל ראיותיו לאסור.

100 שו"ת שרידי אש, חלק א, סימן קלט.

101 בעניין זה ראו גם בוק, לעיל ה"ש 32, בעמ' 103.

למשל, הרב פיינשטיין<sup>102</sup> סבור שנוכח הקשיים בהבנת מקורותיה של שיטת הרמב"ם והעובדה שרבים מהראשונים אינם פוסקים כמותו, הרי שבמקום צורך גדול<sup>103</sup> יש לסמוך על הדעות המתירות. גם הרב עוזיאל נטה בדבריו לומר ששיטת הרמב"ם היא שיטה דחוייה, אך מכל מקום סבר שאף לשיטה זו האיסור איננו חל במצב שבו אישה זוכה בתפקיד מכוח בחירות.<sup>104</sup> מהלך דומה, המאפשר מינויה של אישה לתפקידי שררה מכוח בחירת הציבור, מצוי גם בדבריו של הרב אליהו בקשי דורון.<sup>105</sup> אף הרב יהודה גרשוני מדייק ותולה את איסור כהונתה של אישה לתפקידי שררה, ובכללם דיינות, דווקא אם מונתה על ידי הסנהדרין, אך לא במצב שבו מונתה מכוח נבחרת הציבור, כגון הכנסת, על פי חוק.<sup>106</sup>

- 102 שו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן מד, וכן סימן מה.
- 103 באותו מקרה מדובר היה באלמנה דלה ובשאלה אם ניתן למנותה כמשגיחת כשרות תחת בעלה שנפטר.
- 104 שו"ת משפטי עוזיאל, כרך ד, חושן משפט, סימן ו: "שלא נאמרה הלכה זאת אלא במנוי הנעשה ע"י סנהדרין, אבל בשאלתנו אין כאן מנוי אלא קבלה, שעל ידי הבחירות מכריע רוב הקהל את דעתו הסכמתו ואמונו לאותם הנבחרים, שהם יהיו באי כחו לפקח על כל עניניהם הציבוריים, ועל זה אפילו הרמב"ם מודה שאין כאן שום שמץ של אסור [...] הרי ברור שאף לדברי הספרא שרי לקבלה בתור שופטת. כלומר: מנהיגה, ודנה כדרך שמותר לקבל אחד מן הקרובים, ולכן במנוי של בחירות שהוא קבלת הנבחרים עליהם לאלופים, מדינא יכולים לבחור גם בנשים ואפילו לדעת הספרי והרמב"ם. ולא מצאנו בדברי הראשונים שם חולק על זה". ראו שם שהוא גם דוחה את הטענות בדבר החשש לפריצות באומרו שאין לחשוש לכך במינוי לתפקיד רציני וענייני; ראו גם הרב יצחק ניסנבוים, לעיל ה"ש 70, הכותב כי בדומה לתירוץ הנאמר לעניין דבורה הנביאה שקיבלו אותה עליהם: "מה לנו "קבלה" גדולה מ"בחירה"?"; עיינו גם אצל הרב יעקב לוינון, לעיל ה"ש 70, בעמ' 32, כי אישה יכולה לדון על פי קבלת רוב ישראל; וראו הרב חיים דוד הלוי, לעיל ה"ש 70, הסבור שדי בקבלת גדולי ישראל.
- 105 הרב אליהו בקשי דורון "סמכות הנהגה לנשים וגרים" תורה שבעל פה כ, סו (התשל"ט), המעלה תהייה אם אכן איסורי המינוי לפי הספרי נוגעים לנשים או רק לגרים, ואף אם נוגעים לנשים שמא נוגע רק לעניין מלכות. נוכח ספק זה סבור שיש להקל וממשיך ואומר כי מי שנתמנה מכוח הסמכת הצדדים, כולל בחירות, אין פה כלל שררה.
- 106 הרב יהודה גרשוני "דין הסנהדרין ומשפט המלוכה וההבדלים שביניהם" בצומת התורה והמדינה: מבחר מאמרים מתוך קבצי "התורה והמדינה" כרך א 111 (התשנ"א). הרב גרשוני מציע הבחנה בין מינוי לתפקידי שררה ודיינות מכוח דיני המלך לבין מינוי כזה מכוח הסנהדרין. הבחנה זו נשענת על הכרת עולם ההלכה בשתי מערכות הנהגה ושפיטה שונות ומקבילות, הכפופות לכללים שונים. בהכללה גסה ניתן לומר כי מערכת הסנהדרין היא מערכת הכפופה כל כולה למערכת משפט ההלכה האידאית. כך למשל, לפי דיני הסנהדרין לא נוכל להרשיע רוצח שרצח בפני עד אחד בלבד או בלא שקדמה התראה כדין למעשה הרצח. לעומת זאת, מערכת דין המלך היא מערכת ריאלית של דיני שפיטה וענישה. במערכת זו ניתן יהיה להרשיע רוצח גם לפי עדותו של עד אחד ואף בלא שהייתה התראה כדין, וזאת כדי להביא לתיקון החברה והסדר הציבורי (לעניין היקש בין המלך לבין הממשלה, הנשיא והכנסת ראו למשל, הרב שאול ישראלי "תוקף משפטי המלוכה בימינו" בצומת התורה והמדינה: מבחר מאמרים מתוך קבצי "התורה והמדינה" כרך א 116 (התשנ"א); כן ראו הרב יהודה גרשוני ספר חוק ומשפט: על הלכות סנהדרין להרמב"ם ז"ל יג (1986); ראו גם הרב יעקב לוינון, לעיל ה"ש 70, פרק רביעי, המציג חלוקה בין האיסור של

חלק מחכמי העת החדשה התייחסו במישרין לשאלת כהונתן של נשים בדיינות. כך למשל, הרב חיים הירשנזון, בחיבורו "מלכי בקודש", המוכיח ממקורות ההלכה השונים מדוע אישה כשרה לדון;<sup>107</sup> הרב יצחק ניסנבוים, שמדבריו משמע שמצדד להיתר במינוי אישה לדיינות מכוח קבלה של הציבור;<sup>108</sup> הרב יעקב לוינזון, שגם מדבריו משמע שניתן למנות אישה לדיינות מכוח קבלת הציבור (אך מגביל את האפשרות לתקנה זמנית בלבד ושולל מסגרת של מינוי מכוח חוק קבוע);<sup>109</sup> וכן הרב חיים דוד הלוי, הסבור שאישה יכולה לדון מכוח קבלה כזו.<sup>110</sup>

התייחסות מעניינת לשאלת מינויה של אישה לבית הדין ניתן למצוא בדבריו של מי שהיה הראשון לציון, הרב עוזיאל.<sup>111</sup> בדבריו ניכר מתח בין השאלה אם יש נתיב הלכתי המאפשר כהונת אישה בדיינות לבין השאלה אם הדבר ראוי ורצוי. לאחר עינו במקורות ההלכתיים השונים, אשר מהם הוא מסיק שאישה פסולה מלדון, מציין הרב עוזיאל כי מכל מקום תוכל אישה לדון מכוח תקנה של קבלת הצדדים ואף מכוח קבלת ראשי הקהל, אולם הוא סבור שתקנה כזו צריכה להתבסס על נימוק מיוחד.<sup>112</sup> בפועל סבור הרב עוזיאל שלא מתקיים נימוק מיוחד שכזה, וממילא אין לתקן תקנה כזו.<sup>113</sup>

מינוי לבין היתר הנהגתה של אישה בפועל. כך למשל, ראו שהוא מביא שם גם מדברי הנודע ביהודה שמא תיתכן אישה שקיבלה את המלוכה בירושה). הצעתו של הרב גרשוני מבוססת על דברי רבי יונתן אייבשיץ בעל ספר התומים, המציע הבחנה כזו לעניין מינוי גרים לדיינות, וממנה מקיש הרב גרשוני גם לעניין אישה. ועיינו גם הערה 1 שנכתבה על ידי העורך, הרב שאול ישראלי, המסתייג מהיקש זה נוכח האפשרות שבאישה יש פסול דיינות מצד עצם כשירותה (בעוד בעניין גרים הפסול מצד כוח הכפייה). וראו כיצד בכל זאת הוא מציע יישוב להיקש זה לפי השיטות הסוברות שאין פסול דיינות באישה.

- 107 הרב הירשנזון, לעיל ה"ש 40, סעיף ב.
- 108 הרב יצחק ניסנבוים, לעיל ה"ש 70, שאכן מזכיר בדבריו גם את הדין והמחלוקת בשאלה אם אישה כשרה לדון, ומדבריו משמע שמצדד בהיתר.
- 109 הרב יעקב לוינזון, לעיל ה"ש 70, בפרק השני.
- 110 הרב חיים דוד הלוי, לעיל ה"ש 70, הסבור שבוודאי אין בעיה שתדון מכוח קבלה ושקבלת גדולי הקהל מספיקה, וכותב שלעניין בחירות "אין לך קבלה גדולה מזאת".
- 111 שו"ת משפטי עוזיאל, כרך ד, חושן משפט, סימן ה.
- 112 שם, וכותב: "כגון דבורה קבלה מפני שכינה או מפני נבואה, והכי מסתבר, דבלא זה למה נתקן תקנה כזאת?".
- 113 לדברי הרב עוזיאל, אין לתקן תקנה כזו שכן בניגוד לפסילת עדות נשים, שהיא עלבון לכל אישה, הרי לתפקידי דיינות ממילא מתמנים רק יחידי סגולה, ונשים רבות אינן ניחנות, לדעתו, במה שהוא מכנה "גבורת הלב": "לא להתפעל מאיומים של אלמות, או מרגשי רחמים של העני". זאת ועוד, לדעתו: "למנות אותה לדיין הרי אנו מוציאים אותה מתפקידה הטבעי של 'צופיה הליכות ביתה' בטפול ילדיה וחנינוכם, ומעמידים אותה בעבודה ציבורית, וכבודה של האשה במקומה מונח, וגדולה הבטחה שהבטיח הקדוש ברוך הוא לנשים, אבל בדבר התלוי במעלות מדעיות ותכונות נפשיות, מוטב שישמור כל אחד את תפקידו הראוי לו. ורק אם ביוצא מן הכלל נמצא אשה חכמה ואמיצת לב כדבורה הנביאה נושיב אותה על כסא השופטים".

תמונה מורכבת מעין זו עולה גם מדברי הרב יצחק הרצוג, שניהן כרבה הראשי האשכנזי של מדינת ישראל. בספרו "תחוקה לישראל על פי התורה"<sup>114</sup> כותב הרב הרצוג שאין לחפש נתיבים הלכתיים למינוי דיין שלפי דין תורה אינו ראוי לדון לכתחילה. כיוון שלדעת הרב הרצוג נשים פסולות לדון לכתחילה, הוא מציג עמדה המסתייגת ממינוי נשים לדיינות בלשון חריפה: "ובודאי שאנו מחויבים להתנגד לזה בכל תוקף".

עם זאת, הרב הרצוג מכיר באילוץ אפשרי למציאת פתח הלכתי להכשרת נשים לתפקידי שיפוט, באומרו:

ואולם גם כאן ספק גדול אם ננצח, שבעלי הדיעה והדיבור רובם בודאי יהיו בעד מינוי נשים, וצריכים אנו להיות מוכנים ליום רעה ולעיין בזה כבר עכשיו להלכה, אם כי למעשה נתנגד עד מקום שידנו מגעת.

כיוון שכך ממשיך הרב הרצוג לברר את כל צדדי הסוגיה, ובסופו של דבר אכן משרטט נתיב הלכתי אפשרי למינויה של אישה לתפקידי שיפוט מכוח קבלת הציבור.<sup>115</sup> לבסוף אציין פתח נוסף למינוי נשים לדיינות, המאוזכר בכמה מדבריהם של חכמי זמננו, הנסמכים על דברי הריב"א<sup>116</sup> והרשב"ץ.<sup>117</sup> אלה סוברים כי מינוים של שמעיה ואבטליון לתפקידי דיינות התאפשר כיוון שניתן למנות גרים לתפקידי דיינות כאשר אין גדולים כמותם

114 לעיל ה"ש 71, בעמ' 44.

115 בראשית דיונו תולה הרב הרצוג את איסור מינויה של אישה לדיינות גם באיסור כהונתה בתפקידי שררה (כשיטת הרמב"ם), ומוסיף ואומר שאף שמצד פסלות אישה לדון מועילה קבלה של הציבור ככל קבלת דיין פסול, הרי ש"מטעם שאישה פסולה לכל המשימות ולזה אין קבלה מועילה". עם זאת, בהמשך דבריו טוען הרב הרצוג כי נוכח מחלוקת ראשונים על שיטתו של הרמב"ם היא נתונה בספק, וכיוון שכך מציב הרב הרצוג כמה צדדים נוספים להקל כדי לקבוע שיש אפשרות הלכתית למנות נשים לתפקידי דיינות מכוח קבלת הציבור. כך למשל שם, כותב הרב הרצוג: "נמצאנו למדין שלענין נשים לא הכל סוברים דרשת כל משימות [...] ובאנו לידי מחלוקת בין תוס' לרמב"ם, והוא בכלל ספיקא דדינא [...] אבל יש לנו כמו שיבואר להלן דרכים אחרות להקל ובצירוף שיטת התוס' שהיא מוכחת ומשמעות הירושלמי, יש לכאורה לדון שבמקום כזה אפשר לסמוך להקל ע"י קבלה". הרב הרצוג גם מבחין (שם) בין שררה שהיא "דומיא דמלך", שהיא מינוי שאיננו מוגבל בזמן ושעובר בירושה, לעומת שררה המוגבלת בזמן ושאיננה כלולה באיסור. הרב הרצוג מסיק מכך (שם, בעמ' 44-45): "ולפי"ז יש לתקן שמשרת שופט לא תהא אלא לזמן ידוע חמש או שבע שנים, ואז עפי"ז תהא האישה כשירה [...]". כמו כן מבחין הרב הרצוג (שם, בעמ' 45) בין מינוי על ידי "זה שממונה למנות דיינים", העשוי להקים את איסור השררה, לבין קבלה על ידי הציבור. הוא מוסיף ואומר כי אם הציבור מפרש שכל השופטים שיתמנו על ידי אותו פקיד מקובלים עליהם, בין אם יהיו כשירים ובין אם יהיו פסולים מדין תורה – ייחשב המינוי כקבלה אף הוא, ועל ידי כך ניתן יהיה למנות אישה לתפקידי דיינות; וראו בעמ' 49 כיצד הוא מבסס את סמכות האישה הממונה גם על המיעוט שלא הסכים.

116 עיינו בדברי הרב בקשי דורון, לעיל ה"ש 105, המפנה לדברי הריב"א לפרשת משפטים.

117 רשב"ץ, מגן אבות, פרק א, משנה י.



בישראל. שיטות אלו מציעות להקיש כך גם בנוגע לנשים, כאשר הן המועמדות המיטביות לתפקיד.<sup>118</sup>

#### סיכום עמדת חכמי העת החדשה

שאלת כהונתן של נשים בתפקידים שררה שונים, ובכלל זה גם שאלת כהונתן של נשים בתפקידי דיינות, איננה שוקטת על השמרים גם בעת החדשה. בדבריהם של חכמי זמננו מוצגות עמדות הסוברות שיש להתיר ולהכשיר כהונתן של נשים, ולצדן עמדות שוללות ואוסרות. כמה וכמה חכמי הלכה תמכו באפשרות מינוין של נשים לתפקידי דיינות מכוח קבלת הצדדים או קבלת הציבור. בעוד בדבר זכות הבחירה של הנשים נראה כי המציאות היא שהכריעה את הדיון ההלכתי, ועיינו הרואות כי בפועל כמעט בכל המגזרים הדתיים נשים אכן בוחרות וברבים מהמגזרים הללו גם נבחרות לתפקידים ציבוריים,<sup>119</sup> הרי שבעניין נשים בתפקידי דיינות טרם מצינו מציאות שכזו.

#### 4. סיכום: נשים בתפקידי שיפוט

בחלק זה סקרתי את עמדתו של הדין העברי בשאלת כהונתן של נשים בתפקידי שיפוט. הראיתי כי לאורך כל ציר הזמן ההלכתי אנו מוצאים עמדה המאפשרת כהונתן של נשים בתפקידי שיפוט לכתחילה לצד עמדה השוללת אפשרות כזו. כמו כן הדגשתי כי להלכה נפסק כדעה השוללת את כשירותן של נשים לתפקידי שיפוט. עם זאת נראה כי גם לעמדה השוללת כהונה כזו לכתחילה, הרי שיש נתיב הלכתי אפשרי שיכשיר כהונתה של אישה בתפקיד שיפוטי מכוח הסכמת הצדדים או הציבור.

#### ד. הצורך בבית דין בהליך הגירושין

לאחר ביאור עצם קיומה של מחלוקת בדבר האפשרות שאישה תכהן בתפקידי דיינות ככלל, שומה עלינו לברר כמה נקודות נוספות הנוגעות לאפשרות כהונתה של אישה כיום בבתי הדין הרבניים של מדינת ישראל העוסקים בענייני הדין האישי.

118 הרב בקשי דורון, לעיל ה"ש 105, בעמ' עא (ועיינו שם הסבר נוסף שמביא בשם הבעל חמדת ישראל, שבמצב כזה אין כאן מינוי אלא המינוי בא מכוח עצם גדולתו בתורה); ראו גם גרשוני "דין הסנהדרין ומשפט המלוכה", לעיל ה"ש 106, בעמ' עד.

119 ראו דבריו של השופט אלון בבג"ץ שקדיאל, לעיל ה"ש 92, בעמ' 265: "בכל ציבור שומרי תורה ומצוות, ללא יוצא מן הכלל, חסידים כמתנגדים, חרדים כדתיים לאומיים, על מתנותיהם ופליגיהם, נשים משתתפות בכל הבחירות הנערכות במדינה, לכל מוסדותיה וגופיה. ומעולם לא שמענו, מזה שנים מרובות, שפוסק איזה שהוא יזהיר את נשות ישראל השומרות תורה ומצוות לבל תלכנה תצבענה ביום הקלפי. זהו המנהג, ושוב אין איש מהרהר אחריו: בוא וראה כיצד הציבור נוהג".

כידוע, בתי הדין הרבניים דנים בעיקר בענייני נישואין וגירושין, וכן ביכולתם לקנות סמכות בעניינים שנכרכו כדין בתביעת הגירושין, כמו רכוש בני הזוג, מזונות האישה<sup>120</sup> ומשמורת. דומה שלעניין דיני הממונות, אף לדעה שהאישה פסולה מלדון, נוכל להסתמך על אותו מנגנון המאפשר קבלת דיין פסול ואשר נדון לעיל, ושבגינו לא תהא בעיה בהקניית הסמכות והתוקף לפסיקותיה.<sup>121</sup> אך האם כך גם בנוגע להליך של גירושין? בדיון זה יש להבחין בין כמה שאלות שונות:

- האם בהליך של נתינת גט יש צורך בקיומו של בית דין?
- האם בעת הדיון בתביעת הגירושין והכרעתה יש צורך בבית דין?
- האם לצורך כפיית גט יש צורך בבית דין?
- נחלק את עיוננו בשאלות השונות ונדון בכל אחת מהן בנפרד.

### 1. הצורך בבית דין לשם מתן הגט

השאלה הראשונה שבה עלינו לדון היא שאלת הצורך בבית דין לשם מתן הגט. מעשה הגירושין הוא לכאורה כל כולו מעשה פרטי בין בני הזוג. ממש כפי שקידושין יכולים להיעשות בהצנע ובאופן פרטי בנוכחות שני עדים כשרים אך ללא צורך בנוכחות בית דין או רב, כך גם מעשה הגירושין הוא מעשה בין האיש ובין האישה, שאמנם זוקק שטר גט לפי תנאיו וכלליו, אך לכאורה בלא הכרח בקיומו של בית דין.

אם אכן כך, מדוע לא תוכל גם אישה לשבת על המדוכה בבית הדין הרבני עת מגיעים הצדדים בפניה על מנת להתגרש?

120 וכן השבת הוצאות לאישה בגין מזונות הילדים. אציין כי כיום שוררת מבוכה לעניין השאלה אם ניתן לכרוך בבית הדין הרבני מזונות ילדים בניגוד להלכת שרגאי (בר"ע 120/69 שרגאי נ' שרגאי, פ"ד כג(2) 171 (1969)). לא כאן המקום להרחיב בדיון, אך נפנה לכמה מקורות בעניין זה. השאלה התעוררה נוכח דברי השופט הנדל בבג"ץ 5933/14 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.9.2014). בבתי המשפט לענייני משפחה נתגלעו חילוקי דעות בשאלה אם חל שינוי בהלכה המונעת כריכת מזונות ילדים בבית הדין הרבני אם לאו. כך למשל, עמדה המתנגדת לטענת שינוי המגמה מובאת בדברי השופט אלון גביון תמ"ש (משפחה ב"ש) 58090-06-13 פלוני נ' אלמונים (פורסם בנבו, 17.7.2015) וכן בדברי השופט יחזקאל אליהו בתמ"ש (משפחה ת"א-יפו) 25034-11-14 אלמונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.12.2014). מאידך בתמ"ש (משפחה חי') 4191-07-13 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 2.10.2013), השופטת אלה מירז סבורה שאכן חל שינוי מגמה (ומתייחסת בדבריה לבג"ץ 6929/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 20.3.2013). כך גם בית הדין הרבני (תיק גדול) 936295/1 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 21.11.2013)). אציין כי בבג"ץ 787/14 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.10.2015) אין התייחסות ישירה לשאלת שינוי ההלכה, אלא פתרון נקודתי לפי קביעה שמכל מקום לא התקיימו מבחני הכריכה. ואכן עיינו תיק (אזורי חי') 1048776/4 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 25.11.2015) שם נאמר: "כך או כך, בנקודת זמן זו, היושבים על מדין נבוכים באין הלכה ברורה".

121 ראו הדיון בטקסט הסמוך לה"ש 79 ואילך.

רבים מחכמי ההלכה סוברים שאכן אין צורך בבית דין בענייני גיטין. לעמדה זו יש סימוכין מספר במקורות התנאים והאמוראים. כך למשל, הפרק הראשון במשנת סנהדרין מונה תחומי דין שונים ואת הרכב הדיינים הנדרש בהם מבלי למנות את הגט כאחד התחומים שבו יש צורך בהרכב של בית דין; כך משמע גם מדברי הבבלי במסכת ערכין, שאגב דיון שואל בתמיהה: "אטו כל דמגרש בבי דינא מגרש?"<sup>122</sup> כלומר, וכי מצאנו שכל המגרש מגרש דווקא בבית דין? <sup>123</sup> ההנחה שבגט אין צורך בבית דין עולה גם בדברי ראשונים ואחרונים.<sup>124</sup> כך למשל עולה מדברי הרמ"א, הכותב בפשטות: "כי סדור הגט אינו דין, אלא למוד בעלמא",<sup>125</sup> כך גם בסדר הגט המובא בשולחן ערוך ואשר בו דן רבי יוסף קארו ברב המסדר גיטין בלא להזכיר צורך בקיומו של בית דין<sup>126</sup> וכך גם בדברי הרדב"ז הכותב לעניין גט: ש"לא בעינן לא בית דין ולא ביום [...]"<sup>127</sup>.

מנגד, יש שיטה הלכתית המצדדת בצורך כזה. שיטה זו מובאת בדברי הרב יחזקאל לנדא, הלוא הוא הנודע ביהודה,<sup>128</sup> התולה אותה בשיטת בעל תרומת הדשן והאור זרוע ובשיטת רש"י. הנודע ביהודה מעיד על עצמו כי בתחילה, כאשר הופנתה אליו השאלה אם יש לערער על תוקפו של גט שניתן שלא בפני בית דין של שלושה, נראה היה הדבר בעיניו כה בלתי מתקבל על הדעת עד שסבור היה שחלה טעות בדברי השואל. ואולם, לאחר עיון במקורות הוא מעיד על עצמו כי השתכנע שאכן יש לפסוק את הדין כשיטה זו, הדורשת בית דין לסידור הגט, ובתשובות אחרות הוא כבר מביא דין זה כדרישה ברורה ומוחלטת. בדבריו מסתמך הנודע ביהודה על דבריו של רבי ישראל איסרלין, בעל תרומת הדשן, המביא בשם רבי יצחק בן משה בעל האור זרוע כי יש לפסול גט שניתן בלילה.<sup>129</sup> וכך דברי תרומת הדשן:

- 122 בבלי, ערכין כג, ע"א.  
 123 ראו שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן קיד, אשר לגישתו אכן יש צורך בבית דין לצורך גט. כיוון שכך, הוא מבאר ומיישב שביית דין של שלושה הדיינות אכן לא נקראים בית דין, אבל מכל מקום צריך שלושה לצורך גט.  
 124 ראו למשל שו"ת מהר"ם אלשקר, סימן לא, ד"ה "עוד חתם"; רבי מנחם מנדל שניאורסון, שו"ת צמח צדק, אבן העזר, סימן קסב; ראו עוד דעות הסוברות שאין צורך בבית דין גם בשדי חמד, מערכת גט, סימן א, סעיף א.  
 125 הגהות הרמ"א, אבן העזר, סדר הגט, סעיף ד. ולשיטת הנודע ביהודה יבאר שיש להבחין בין סידור הגט והנהגותיו לבין נתינתו.  
 126 שולחן ערוך, אבן העזר, סדר הגט. למשל, סעיף עח.  
 127 שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן פד.  
 128 שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן קיד. בסימן זה הוא דן באריכות בכל הראיות לצדד בשיטה זו והקשיים מאידך, ומנסה ליישבם. עמדה זו מובאת בדבריו גם בתשובות אחרות לאחר מכן, כמו בשו"ת נודע ביהודה, שם, סימן קיח, וכן שם, סימן קה.  
 129 ראו שהוא מציין בדבריו גם את דברי רבי עובדיה מברטנורא בפירושו המשנה, בכורות ד, ו, אלא שמביאו בתחילת דבריו דווקא, כדי לומר שיייתכן שהברטנורא שגה בכך כיוון שהוא פרשן ולא פוסק, אך מאוחר יותר הוא כאמור משתכנע נוכח סמכותם ההלכתית של תרומת הדשן והאור זרוע ופוסק דין זה להלכה.

וכן ראיתי אחד מהגדולים שפסל גט שנתן לאחר שהתפללו קהל ערבית אף על פי שהיה עודנו יום די. וכן כתב לי אחד מן הגדולים בתשובה שגדול אחד רבו פסל גט שנתן לאחר ערבית. והטעם משום דכתב בתשובת אור זרוע דאשה שקבלה גיטה בלילה אינה מגורשת.<sup>130</sup>

רבי יוסף קארו בחיבורו, הבית יוסף, מציע הסבר לדברים הללו ותמה עליהם תמיהה גדולה:

ושמעתי הטעם משום דנתינת גט הוי דין ואין דנין בלילה ואיני יודע מה ענין דין לגט ושום אחד מהפוסקים לא חילק להקפיד בכך.<sup>131</sup>

כאמור, בתחילת תשובתו מזדהה הנודע ביהודה עם דברי הבית יוסף וכותב: "ובודאי דינו של הבית יוסף אמת, שגט אינו עניין לדין", אך מאידך מצוי במבוכה עצומה: הכיצד ייתכן לטעון שבעל תרומת הדשן והאור זרוע, שניים מגדולי פוסקי אשכנז, שגו בדבריהם?! כך, תוך הסתייגויות רבות,<sup>132</sup> מביא הוא מקורות התומכים בשיטה הרואה בגט – דין. כך למשל מביא הנודע ביהודה את שיטת האור זרוע,<sup>133</sup> המקישה בין דין חליצה ודין גט ומסיקה כי הצורך בבית דין לעניין הגט נובע מכך שאנו מגדירים את ההליך "דין" נוכח השלכותיו על ענייני הממון שבין בני הזוג.<sup>134</sup> אף על פי שהנודע ביהודה מצביע על קשיים שונים בהיקש זה, הוא מסכם ואומר: "אבל מה אעשה ואני עפר ואפר תחת כפות רגלי האור זרוע וצריך אני לקבל דמיון שלו ולבטל דעתי".<sup>135</sup> תמיכה נוספת בשיטה זו מסיק הנודע ביהודה מדבריו של רש"י

130 תרומת הדשן, סימן רמח.

131 בית יוסף, אבן העזר, סימן קלו, ס"ק ו.

132 עיינו בתשובתו שם, למשל הסתייגותו מההיקש שעושה האור זרוע בין חליצה וגט. ועיינו בדבריו כל התפלפלויותיו על ראיות וקשיים כנגד שיטה זו וכיצד מציע ליישב.

133 שיטת האור זרוע המובאת בדברי הרא"ם, שו"ת רבי אליהו מזרחי, סימן פד.

134 בבלי, יבמות קד, ע"א, מביא מחלוקת תנאים (שמקורה במשנה, יבמות יב, ב) בדבר כשרותה של חליצה שנעשתה בלילה. בביאור המחלוקת מציע הבבלי כי שורשה הוא בשאלה אם "חליצה כתחילת דין דמיא" או שמא "כגמר דין דמיא", וכיוון שלפי ההלכה תחילת דין כדיני ממונות נעשית ביום, תיתכן חשיבות לזמן שבו נעשתה החליצה (בבלי, סנהדרין לד, ע"ב). כך למשל מבאר רש"י, יבמות קד, ע"א, ד"ה: "לנגעים", כי לדעה שחליצה היא תחילת דין הרי שהיא צריכה להיעשות דווקא ביום, וזאת כיוון ש"חליצה דין הוא דגובה כתובתה". כלומר, בחליצה יש צד של דיני ממונות, שכן לאחר החליצה גובה האישה את כתובתה. מכאן מסיק האור זרוע "ואם בחליצה אמר כן כל שכן בנתינת הגט שעל ידי הגט גובה כתובתה ובלאותיה ואין הבעל יורשה ואינו אוכל פירות בנכסי מילוג שלה ופטור מקבורתה ומפרקונה", ראו ציטוט הדברים בשו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן קיד. וכך מבאר הנודע ביהודה את היעדר תחום הגיטין מרשימת הדינים שבהם נדרש הרכב של בית דין, המנויה בפרק א למסכת סנהדרין כיוון שזה כלול כדיני ממונות.

135 ראו כיצד מנסה הנודע ביהודה ליישב מסקנה זו נוכח דין השולחן ערוך, אבן העזר, סדר הגט, סימן פט, כי בדיעבד ובשעת הדחק כשר גט הניתן בלילה מצד סיווגו כדיני ממונות. אולם אומר כי

על המשנה בסנהדרין<sup>136</sup> האומרת כי: "החליצה והמיאוןין בשלשה". הצורך בשלושה בחליצה איננו נתון במחלוקת ונלמד מפסוקי התורה. רש"י מבאר<sup>137</sup> כי גם במיאון של קטנה, שהינו דין דרבנן, מביאה המשנה עמדה<sup>138</sup> הדורשת שלושה, וזאת כיוון ש"כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון". משמע שהמיאון הוא תקנת חכמים כעין גט, ואם במיאון שהוא מדרבנן בלבד נדרשים שלושה, הרי שניתן להסיק בקל וחומר שגם בגט מן התורה נדרשים שלושה. מכאן מסיק הנודע ביהודה שלדעת רש"י "מוכח דגט צריך שלשה".<sup>139</sup>

נוכח כל האמור מסיק הנודע ביהודה שהגט אכן זוקק שלושה ואין להקל נגד שיטת האור זרוע ורש"י ומסכם: "ולכן נראה לעניות דעתי שאשה זו שמעלתו שואל עליה צריכה להתגרש מחדש [...] מאחר שלא מצינו שום פוסק שחולק בפירוש על האור זרוע וזולת הבית יוסף בשולחן ערוך". על עמדה זו, שגט צריך שלושה, הוא חוזר בתשובות נוספות.<sup>140</sup>

כנגד עמדתו של הנודע ביהודה יוצא בחריפות הרב משה סופר, המכונה ה"חתם סופר", הסבור ש"דבריו תמוהים".<sup>141</sup> בתשובתו מביא החתם סופר הוכחות וראיות כנגד דברי הנודע ביהודה מפוסקים שונים<sup>142</sup> ומביא תירוצים לסתירת הנמקותיו.<sup>143</sup> החתם סופר מסיים את

לדעתו במצב בו הפגם בגט מצד כך שנמצא אחד הדיינים קרוב או פסול – אין להקל נגד האור זרוע ורש"י.

136 משנה, סנהדרין א, ג.

137 רש"י, סנהדרין ב, ע"א, ד"ה: "מיאוןין".

138 שאיננה מתקבלת להלכה. ולהלכה במיאון די בשניים. ראו בבלי, יבמות קז, ע"ב.

139 שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבן העזר, סימן קיד. ראו שם שלהלכה מסתפקים במיאון בשניים, אך בכל זאת מתרץ את ההיסק הנ"ל, וכן ראו דבריו כי מן המשנה עצמה אין הכרח להסיק כך, אלא שלדעתו מדברי רש"י היסק זה אכן הכרחי.

140 נודע ביהודה שם, סימן קיח וסימן קה.

141 שו"ת חתם סופר, חלק ד (אבן העזר ב), סימן סה; ראו גם דבריו שם, סימן סו.

142 ראו למשל את הסתמכותו על פירוש הר"ן לעניין שיטת רבי אלעזר, שעדי חתימה כרתי בלא עדי מסירה, וכן כותב שבכל הפוסקים שכתבו את סידור הגט לא מצאנו דרישה לבית דין אלא לרב מסדר בלבד.

143 עיינו שם כיצד מבאר דברי רש"י ומסייג את ההיקש בין חליצה למיאון בלבד ולא לגט, ועיינו לעניין נימוקו של הנודע ביהודה שהגט מסווג כדיני ממונות, שכן בעקבותיו חלות השלכות ממוניות שונות בין בני הזוג (דוגמת גביית הכתובה), כיצד מסייג החתם סופר ואומר כי נימוק זה ניתן לטעון רק בגט הניתן בכפייה או בגט הניתן על ידי שליח, שאז יש הליך של קיום שטר בבית דין (שו"ת חתם סופר, חלק ד (אבן העזר ב), סימן סו). ואולם, כאשר הגט ניתן לרצון הצדדים, הרי שיכלו לבחור לכתחילה להביא את ענייניהם הממוניים בהסכמה בפני בורר ושלא בפני בית דין. ממילא, אומר החתם סופר, אין לטעון שבגין ההיבט הממוני שבגט הניתן ברצון הצדדים יש צורך בבית דין. החתם סופר ממשיך ומביא את דברי הרדב"ז (שו"ת הרדב"ז, חלק ד, סימן פב; וראו גם דיונו של הרב משה בן שלמה אבן חביב ספר גט פשוט הלכות גיטין, סימן קכג, עמ' עב, ד"ה: "הכלל העולה דיני ממונות" (הוצאת מפעל אור המזרח, התש"ם) לעיל: "ספר גט פשוט", הסבור שיש להבחין בין חליצה שבה באמת מעשה בית הדין הוא המביא לשינוי הסטטוס בין בני הזוג וממילא להשלכות הממוניות, לבין גיטין ששם שינוי הסטטוס מתרחש על ידי "מעשה הגט וספר כורתה, ואין דבר אחר כורתה [...]".

דבריו ואומר "כל כן נראה לי פשוט בלי ספק דסידור גט מבעל ליד אשה לא בעי ג'". את המנהג הנוהג במקומות רבים,<sup>144</sup> שעל פיו הגט אכן מובא בפני בית הדין, מתרץ החתם סופר בשתי תשובותיו, העוסקות בעניין, בשני תירוצים שונים:

א. בתשובתו בסימן סה מנמק החתם סופר שבסוף סידור הגט חוקרים את הסופר והעדים ומקיימים את חתימתם, ולכך יש צורך בשלושה מן הדין.<sup>145</sup>

ב. בתשובתו שבסימן סו מפנה החתם סופר לסדר הגט המופיע בספר "גט פשוט" לרבי משה אבן חביב: "להיות שדין הגט חמור מאוד ויש בו חומר אשת איש, תקנו חכמי הגמרא שיהיה אדם גדול ובקי ממונה אגיטי, ובזמן הזה נהגו ברוב בתי דיני ישראל לקבץ ג' תלמידי חכמים או יותר [...] שיהו חוקרין היטב ועל הפחות צריך שלושה".<sup>146</sup> אומר החתם סופר: "וקל וחומר לענין גיטין בזמן הזה שנתמעטו הלבבות ורבו הדקדוקים ויחיד מומחה ליכא עתה".<sup>147</sup> אם כך, נוכח הדינים הסבוכים שבגט נוהגים בפועל לערוך אותו בפני שלושה, בגין כך ש"בעי מומחה או ג', מחזי כדין הוה בכלל גזירות", כלומר נוכח המנהג הנוהג, כלפי חוץ נראה הגט כאילו הוא אכן "דין", ולכן גזורים בו גזירות נוספות מתחום הדין, למשל פסילת קרובים וכו'.

החתם סופר מסכם את תשובתו ואומר: "על כן להתיר לכתחילה בלי ג אין נראה לי", אך ממשיך ואומר שם כי בשעת הדחק יש מקום להקל.

### סיכום הצורך בבית דין לשם מתן גט

ניתן לראות מהעיון שלעיל כי מעיקר הדין ולמרבית הדעות ההלכתיות אכן אין צורך בבית דין לצורך הליך מתן הגט. במילים אחרות, על אף הדעות שאישה פסולה מלשמש בדיינות ושהרכב הכולל אישה איננו עולה כבית דין, אין בכך כדי לפסול את הגט הניתן.

בפועל אכן פשט המנהג לסדר הגט בבית דין, כדי להימנע משגיאות בתחום סבוך וחמור זה. ואולם, דומה שאין מניעה שאישה בקיאה וידענית בתחום הגיטין תענה על חשש זה.

### 2. ההרכב הנחוץ לדין בטענות הצדדים בגירושין

השאלה השנייה שבה עלינו לדון היא שאלת ההרכב הנחוץ לדין בטענות הצדדים בגירושין. פעמים רבות בני הזוג אינם פונים לבית הדין בהסכמה כדי להתגרש, אלא אחד הצדדים מעוניין

144 שדי חמד, מערכת גט, סימן א, סעיף א, המצטט מקורות שמהם משמע שיש מקומות שבהם נהגו לתת את הגט על ידי יחיד, כמו למשל בתוניס.

145 עיינו שו"ת חתם סופר, חלק ד (אבן העזר ב), סימן סה, שאם תגיע האישה עם מעשה בית דין (ומה שהוא מכנה "פטורים"), לא יתירו אשת איש על סמך כתבם של העדים בלבד, ולכן יש צורך בחתימת שלושה דיינים החותמים לאחר חקירת העדים והסופר.

146 ספר גט פשוט, לעיל ה"ש 143, "סדר הגט", סימן א, בעמ' רצה.

147 ראו עוד כהנמקה הזו בשדי חמד, לעיל ה"ש 144.

בגירושין בעוד האחר מסרב. אזי מעלים בני הזוג טענות שונות זה כנגד זה כדי לבסס את עמדתם. במצבים מעין אלו נדרשת הכרעת בית הדין אם אכן המצב הוא כזה שיש בו המלצה של בית הדין לגרש, מצווה לגרש, חיוב לגרש או אף מצב שבו יש כפייה לגרש. ממילא אנו נדרשים לשאלה: מהו ההרכב הנחוץ לשם עריכת דיון כזה, המברר את המציאות המתחוללת בין בני הזוג ומכריע בשאלה של חובת הצדדים להתגרש, והאם תוכל אישה לכהן בהרכב זה? בספרו המקיף והמעמיק של פרופ' אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני,<sup>148</sup> נדונה בהרחבה שאלת הרכבו של בית הדין הנדרש הן מצד דרישות ההלכה והן מצד דרישות החוק. בספרו בוחן פרופ' שוחטמן גם את המצבים שבהם יכול בית הדין לדון בהרכב חסר או בהרכב מורחב. לכתחילה קובעת ההלכה כי הרכבו של בית הדין בכל שאלה משפטית הדורשת הכרעה בדיני ממונות הוא של שלושה דיינים.<sup>149</sup> כך בלשון השולחן ערוך:

אין בית דין פחות משלשה. וכל שלשה נקראים בית דין, אפילו הדיוטות.<sup>150</sup>

דרישה זו, להרכב של שלושה, חלה גם במצבים שבהם יש צורך בקבלת עדות:

קבלת עדות צריך ג' מומחים יודעים הלכות עדות כשר ופסול.<sup>151</sup>

לענייננו, רבים מהדיונים בין בני זוג בבית הדין הרבני הם בעלי היבטים ממוניים. כך למשל, דיון במזונות האישה והילדים, חלוקת הרכוש וכדומה. לאמיתו של דבר, גם לדיון הנוגע לעילות הגירושין יהיו בדרך כלל השלכות על היבטים ממוניים רבים הנוגעים לחיובי האישה במזונות אשתו או כתובתה. כיוון שבמרבית הנושאים המצויים בסמכותו של בית הדין הרבני נשמעות גם עדויות או הודאות בעלי הדין, ממילא נקודת המוצא ההלכתית היא שאכן יש צורך בהרכב של שלושה.

מן הבחינה ההלכתית, וכן לפי תקנות הדיון של בתי הדין הרבניים, אין מניעה להרחיב את ההרכב מעל לשלושה,<sup>152</sup> אולם אם בית הדין דן בהרכב של פחות משלושה, ובניגוד לדרישות

148 אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני כרך א, פרק ראשון: בית הדין וסדריו 31–118 (2011).

149 לשאלה אם זוהי דרישה מהתורה או מדברי סופרים והמחלוקת בעניין זה עיינו בנושאי הכלים לשולחן ערוך, חושן משפט סימן ג, סעיף א. כך למשל: סמ"ע, שם; ש"ך, שם; אורים ותומים, שם. אציין כי בדיני נפשות נדרש הרכב של עשרים ושלושה (משנה, סנהדרין ד, א).

150 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג סעיף א.

151 שם, סימן כח סעיף כא.

152 ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 148, בעמ' 34. ועיינו תק' ד(4) ו-ד(5) לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג–2003, י"פ 2299; לעניין עמדת חוק הדיינים, התשט"ו–1955, ס"ח 68, בשאלה זו, ראו שוחטמן, שם, ה"ש 29.

ההלכה, אין תוקף של "דין" להכרעתם.<sup>153</sup> עמדתו של בית הדין היא שגם כאשר פסק הדין לא נחתם על ידי שלושת חברי ההרכב, דינו של הפסק להתבטל.<sup>154</sup> על אף הדברים הללו, יש שלושה חריגים שבהם יכול בית הדין לדון בהרכב חסר ובדן יחיד. כך מונה אותם שוחטמן בספרו:

א. כשהיחיד הוא מומחה לרבים<sup>155</sup> (מוסד אשר מעשית איננו קיים כיום<sup>156</sup>) או כאשר הציבור קיבל עליו דיין שידון כדן יחיד<sup>157</sup> (יצוין כי הנחיית חכמים היא שככל הניתן, אין לשבת כדן יחיד וראוי שיצרף עמו אחרים).<sup>158</sup>

ב. עניינים שאין בהם משום חריצת דין, עניינים שלא על ריב ועניינים מנהליים: עניינים שבהם ההכרעה איננה בבחינת חריצת דין אינם זוקקים משא ומתן בין הדיינים, וממילא ניתן לדון בהם בהרכב יחיד. כך למשל, בבקשה לסעד זמני, בקשה להוצאת צו ירושה, אישור הסכם בין הצדדים (כשאינן צורך בדיון משפטי) וכדומה.<sup>159</sup> עניינים אלו מנויים בפרוטרוט בחוק הדיינים התשט"ו–1955 והתקנות שתוקנו מכוחו.<sup>160</sup>

ג. הסכמת בעלי הדין: הסכמת המפורשת של בעלי הדין פותחת אף היא את הדרך להתדיינות ופסיקה של דן יחיד<sup>161</sup> הן בענייני ממוץ והן בענייני איסור והיתר (אלא אם כן דרישת הדין היא שיקויים דווקא הרכב של שלושה<sup>162</sup>), וכך לשונן של תקנות הדיינים:

- 153 שם, בעמ' 41. על יוצאי הדופן והחריגים ראו שם, בעמ' 42. למשל, כשנדונה שאלה הלכתית טהורה ולא הליך של קבלת טענות וגביית עדות, או מסירת הצהרת האישה במשטרה לבית הדין.
- 154 שם, בעמ' 42.
- 155 הטור, חושן משפט, סימן ג, מביא את הגדרתו של המומחה לרבים, כפי שכתב אותה רב שרירא גאון (דברי רב שרירא גאון מצוטטים במקורות הלכתיים שונים, אך לא מצאתי אותם במקורם): "יחיד מומחה היינו דחשיב כרב נחמן בדורו ופקיע במשנה ובתלמוד ופקיע נמי בשיקול הדעת ומעיין בדינין כמה שנין ומנסיך ליה זימנין סגיאיין ולא הוו ביה טעות כגון האי הוי מומחה לרבים".
- 156 ראו את ההנחיה ההלכתית שלא לדון כדן יחיד, המובאת למשל בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג סעיף ג: "מצות חכמים שיושיב עמו אחרים"; כן עיינו דברי הרמ"א, שם, סעיף ב, האומר: "ובזמן הזה אין דנין דין מומחה לרבים שידון יחיד בעל כרחו של אדם". וראו שוחטמן, לעיל ה"ש 148, בעמ' 45, שדעת רבים מהפוסקים היא שגם מומחה לרבים מוגבל בעניינים שבהם יוכל לדון כיחיד.
- 157 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג סעיף ב. על התנאים לתקפותה של קבלה שכזו ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 148, בעמ' 47–48.
- 158 משנה תורה, סנהדרין, פרק ב, הלכה יא.
- 159 ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 148, בעמ' 49–52.
- 160 תקנות הדיינים (עניינים שניתן לדון בהם בדין אחד), התש"ן–1990, ק"ת 5267, וכן התיקון לתקנות הללו בשנת 1992, ק"ת 5442 (להלן: "תקנות הדיינים בעניינים שניתן לדון בהם בדין אחד").
- 161 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ג סעיף ב. ראו עוד את המקורות המובאים בשוחטמן לעיל ה"ש 148, בעמ' 57, הערה 129. ולעניין אופן נתינת הסכמה זו, מועדה וכו' ראו שם, בעמ' 60.
- 162 למשל בחליצה או גיור ראו שם, בעמ' 57.



## (3) ענין שבעלי הדין הסכימו עליו שיידון בדיין אחד –

(א) ענין שבעלי הדין הסכימו עליו שיידון בדיין אחד ובית הדין אישר שהענין ראוי, לפי דין תורה, להיות נדון בדיין אחד.<sup>163</sup>

אף כשהחלטה ניתנה על ידי דן יחיד, לרוב נוהג בית הדין שהיא תיחתם על ידי שלושה דיינים לאחר עיון בפרוטוקול, אף שאין בידיהם לסתור את הדין שנפסק.<sup>164</sup> לצורך הדיון מושא עיונו, חשוב לברר תחילה אם גם בענייני נישואין וגירושין ניתן לדון בדין יחיד מכוח הסכמת הצדדים; לאחר מכן אבחן את ההשלכות של מצב שבו אישה הייתה חלק מהרכב שדן מכוח הסכמת הצדדים. דומה שאין קושי במצב שבו בית הדין פוסק שיש המלצה או מצווה להתגרש, והשאלה מתעוררת דווקא כאשר בית הדין מכריע כי חובה על הצדדים להתגרש.

לעניין פסיקת חיוב בגט ניתן למצוא בבתי הדין קולות שונים. מחד גיסא, יש עמדה המסתייגת מדן יחיד ומנמקת זאת, למשל, בחומרת הנושא, שבגינה ראוי לדון בהרכב מלא.<sup>165</sup> מאידך גיסא, יש פסקי דין רבניים המצדדים באפשרות שדיין יחיד ידון בחיוב הגט.<sup>166</sup> כך למשל כתב הדיין בן שמעון: "תביעות גירושין ניתן לקיים דיון בהרכב חסר כאשר הצדדים מסכימים [...] וכבר כתבו בזה הפוסקים שאפשר לדון בדיין אחד בהסכמת הצדדים".<sup>167</sup> בפסק דין שניתן בבית הדין הרבני הגדול בשנת 2005 האריך הדיין איזרר בבירורה של שאלת דן יחיד

163 ס' 3 (א) לתקנות הדיינים בעניינים שניתן לדון בהם בדיין אחד, לעיל ה"ש 160.  
 164 שוחטמן, לעיל ה"ש 148, בעמ' 61.  
 165 ראו תיק (גדול) 7206-21-1 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 6.11.2006) [www.daat.ac.il/daat/psk/psk.asp?id=219](http://www.daat.ac.il/daat/psk/psk.asp?id=219). בפסק דין זה מובאת פסיקה של בית הדין הגדול לעניין חיוב גט: "לדעת ביה"ד הגדול אין הדבר ראוי לחומר הנושא שיידון בו דיין יחיד".  
 166 ראו למשל ערעור תשנ"ה/946 ב.א נ' ב.י., פד"ר יט 51 (התשנ"ה), שם כותב הרב דיכובסקי: "מבחינה הלכתית אין כל מניעה לדיון בהרכב חסר גם בתביעת גירושין", וכך גם הרב בן שמעון המובא בטקסט הסמוך לה"ש 167; תיק (פתח תקוה) 212396/2 פלונית נ' פלוני (פורסם בפסק דין, 13/5/2010); ראו תיק (גדול) 7206-21-1, לעיל ה"ש 165, המציין עמדות שונות של בית הדין הגדול (מבלי לאזכר את מספרי התיקים הללו). כך למשל נאמר בפסק דינו של הדיין איזרר: "דן בזה ביה"ד הגדול בהרכב שונה ברובו ופסק בה' בניסן תשס"ג בתיק זה שאין לפסוק חיוב גט בהרכב חסר ע"פ הסכמת הצדדים. בפסק דין בתיק אלחדד דן בזה ביה"ד בהרכבו הנוכחי (ברובו) והחליט שיש מקום לדעה שאפשר לדון ביחיד בחיוב גט אבל לא בכפיה [...] גם ביה"ד האזורי מצטט פסקי דין של ביה"ד הגדול בדבר מתן תוקף להחלטה של חיוב גט בהרכב חסר בהסכמת הצדדים". מכל הדברים משמע שיש מי שסבור שאין לחייב גט בהרכב חסר, ויש הרכבים שפסקו שניתן לעשות כן אך סייגו שאין לדון בהרכב יחיד בכפיית גט. לעניין העמדה שחיוב גט אינו יכול להיות נדון בדין יחיד, עיינו גם שו"ת ביכורי אשר, סימן מד, ס"ק ה.  
 167 ערעור תשנ"ה/946, לעיל ה"ש 166, ראו שם גם סימוכין שמביא מדברי הרב מאיר אורבך, אמרי בינה, דיני דיינים, סימן יג.

על צדדיה ההלכתיים.<sup>168</sup> לאחר עיון מפורט בפוסקים<sup>169</sup> הוא מדגיש שבקבלת עדות לעניין עצם הבירור אם האישה נתקדשה או נתגרשה יש לדמות דיני גיטין וקידושין לדיני נפשות, אשר בהם יש צורך בבית דין של שלושה, אך אין ללמוד מכך גם לעניין גמר דין והכרעה בשאלת חיוב הגט, שכן לדבריו: "חיוב גט זו שאלה של זכות וחובה ונדון כמו זכות ממון". הרב איזרר מסיק כי יחיד מומחה יכול לדון ולהורות על חיובו של הגט (ואולי אף לכוף אותו<sup>170</sup>) וכי סמכות זו חלה גם על מצב שבו קיבלו עליהם דיין יחיד לעניין חיוב הגט: "חיוב גט ללא דיני כפיה אלא לענין הוראת הדין הוא בודאי דיני ממונות ומועיל יחיד מומחה ומעילה<sup>171</sup> קבלתו של דיין יחיד". כך משמע גם מדברי הרב זלמן נחמיה גולדברג בספרו "לב המשפט": "אף בשאלות של אבן העזר<sup>172</sup> כגון בגיטין או דיני ממזרות וכדומה, נראה שאין צורך בבי"ד [...] לגבי הפסק דין, אך לגבי קבלת העדות ודאי שיש צורך בבי"ד בדינים אלו".<sup>173</sup>

אציין שגם לשיטות המסתייגות מסמכותו של דן יחיד לחייב גט, נראה שיש הסכמה שאין קושי באכיפת ההשלכות הממוניות הנובעות מחיוב בגט שניתן בהרכב יחיד.<sup>174</sup>

חשוב לציין שלפי פסיקת בג"ץ, סמכותו זו של בית הדין הרבני לדון בדין יחיד איננה כוללת גם את סמכותו לדון בהרכב של שני דינים, זאת כיוון שסמכויותיו של בית הדין מוגבלות, בהתאם לעקרון החוקיות, אך ורק למה שנקבע מפורשות בהסדר החקיקתי:

הדיון וההכרעה בבית הדין הרבני בהרכב שני דינים 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 דינים נגוע בפגם מהותי היורד

- 168 ערעור (גדול) 034268656-24-1 א. ו. א. נ' א. מ ( לא פורסם, 30.1.2005) (ותודתי לפרופ' שוחטמן שאפשר לי לעיין בפסק הדין שהיה ברשותו).
- 169 ראו הפניותיו לשו"ת הרמ"א, סימן יב; מהר"ם אלשקר, סימן טז-טז; כנסת הגדולה, הגהת הטור, סימן ה, ס"ק ט.
- 170 ראו מאידך תיק (גדול) 7206-21-1, לעיל ה"ש 165, שם נאמר: "פסק דין בתיק אלאחר דן בזה ביה"ד בהרכבו הנוכחי (ברובו) והחליט שיש מקום לדעה שאפשר לדון ביחיד בחיוב גט אבל לא בכפיה".
- 171 כך במקור.
- 172 כלומר מתחום דיני המשפחה, המופיעים בחלק אבן העזר של הטור והשולחן ערוך.
- 173 הרב זלמן נחמיה גולדברג לב המשפט חלק א, שיעור טז, עמ' קמט-קנ (התש"ן). ראו שם שמסייג ואומר שבשאלות של עגונה יש סברה לומר שיש צורך בבית דין בגין חידושים והיתרים ייחודיים בדיניה.
- 174 ראו למשל ערעור (גדול) 034268656-24-1, לעיל ה"ש 168. בתיק זה באחד מגלגוליו בשנת תשנ"ח נקבע בבית הדין הרבני הגדול שפסק הבורר בדבר חיוב גט אינו תקף כיוון שניתן בדיין יחיד, אך מכל מקום פסק הבורר בענייני הממון תקפים. בגלגולו של התיק בשנת תשס"ה מאריך בית הדין הגדול את הדיון בשאלה אם אמנם לא ניתן לדון בחיוב הגט בדין יחיד ומסיק שאכן ניתן לעשות כן. עיינו לעיל.

לשורש הסמכות הפונקציונלית של בית הדין, ומביא לבטלותם של ההליכים, לרבות הכרעה שניתנה במסגרתם [...] במסגרת עקרון החוקיות, אין נפקות להסכמת הצדדים בענין הנוגע לסמכות פונקציונלית של ערכאה שיפוטית, אלא אם ובמידה שהחוק עצמו נתן תוקף ומשקל להסכמה כזו.<sup>175</sup>

בספר החוקים הישראלי יש כמה סעיפי חוק שבהם מעניק המחוקק מפורשות לערכאות שיפוט שונות בעניינים מסוימים את האפשרות לקיים דיון או להשלים דיון וליתן הכרעה בהרכב של שניים, אך אפשרות כזו מחייבת כאמור הסדר חקיקתי מפורש, שאיננו בנמצא לעניין בית הדין.<sup>176</sup>

בעיוננו עד כה הבאתי את הדיון בשאלת ההרכב הנחוץ לבירור טענות הצדדים בגירושין. הראיתי כי אמנם בתחום דיני הממונות וגביית ההודאות נדרש לכתחילה הרכב בית דין של שלושה, אך גם הראיתי כי יש אפשרות של דיון שנערך בהרכב חסר מכוח הסכמת הצדדים, וכי במספר פסקי דין של בית הדין הרבני נאמר שאין מניעה מלדון בטענות הצדדים בגירושין בדין יחיד.

להלן אבחן כיצד הדברים הללו עשויים להשפיע על ניתוח מצב שבו הרכב הדיינים בתיק הגירושין כולל אישה מכוח הסכמת הצדדים: לדעות שאישה כשרה לכהן בדיינות לכתחילה, ואף לדעות שאישה כשרה לכהן בדיינות מכוח הסכמת הצדדים – אין לכאורה כל מניעה שאישה תהיה חלק מהרכב בית הדין, בהנחה שאכן ניתנה הסכמה כזו. לעומת זאת, לדעות שאישה פסולה מלשבת בדין אף בהסכמת הצדדים,<sup>177</sup> יש להמשיך ולדון בדבר השפעותיו של דיון פסול על כלל ההרכב. בשאלה זו קיימת מחלוקת הלכתית.<sup>178</sup> יש הסבורים כי כשם שהימצאותו של עד פסול פוסלת את כלל העדים, כך הוא גם לעניין הדיינים;<sup>179</sup> אחרים סבורים

175 בג"ץ 1555/05 לוי נ' בית הדין הרבני אזורי תל אביב (פורסם בנבו, 16.7.2009).

176 למשל, ס' 18 (א) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט–1969, ס"ח 70; ס' 6א (א) לחוק הקאדים.

177 למשל לפי העמדה שאישה פסולה לדיינות בגין איסור שררה.

178 ראו למשל, תומים, סימן מו, ס"ק כח, המסכם את דבריו שדין זה נתון במחלוקת וצ"ע (בדבריו תולה זאת כמחלוקת רי"ף וראב"ד. עיינו שם). ראו עוד הבאת השיטות השונות בשאלה זו במאמרו של הרב זלמן דרוק "בית דין שנמצא אחד מהם קרוב או פסול" תחומין כב 247 (התשס"ב), וכן ראו המקורות שמביא, התולים את המחלוקת בירושלמי, הוריות פרק ג, הלכה ד. עיינו גם פני משה, שם, ד"ה: "ומאן דאמר", שמשמע שפוסל את סנהדרין כולה דווקא בדיני נפשות, וראו מסקנתו של הרב דרוק שדווקא בדיני נפשות דיון אחד קרוב או פסול פוסל את השאר.

179 כך משמע משו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן ו, הכותב: "כיוון שמקצת הב"ד פסול – בטל"; שיטת מהרח"ש, המובאת בדברי המשנה למלך, הלכות עדות, פרק טז, הלכה ה; וכן דעת המחנה אפרים המובאת שם. אך ראו גם מקורות שמביא שם להקשות על שיטה זו. ועיינו עוד בשו"ת מהרש"ך, חלק א, סימן סז, שם, בסוף הסימן, מפלפל ומביא טענות לשני הצדדים – פסילת הדיינים כולם או דווקא הכשרת הנותרים כבית דין, ומשמע שנוטה בדבריו לפסילתם (אף שבאותו עניין נוטה למסקנה זו לתקנת האישה הנדונה בתשובה). אציין שנראה שיש להבחין בין מצב של פסלות מצד

שאינן לומר את הכלל לעניין דיינים: "אלא מוכרח דגבי דיינים לא אמרינן נמצא אחד מהם קרוב או פסול דנתבטלו הדיינים הכשרים"<sup>180</sup> וכך כותב בעל קצות החושן:

ולענ"ד נראה דהיכא דהדיינים פוסקים איזה דין אפילו אם יש בהם פסול כל שנשאר עם הכשרים ב"ד של שלשה לא נתבטל דין הכשרים.<sup>181</sup>

לכאורה, לשיטה זו ניתן יהיה מכל מקום להכשיר את הכרעת ההרכב מכוח הרכב חסר, כפי שכבר הובא לעיל (בהנחה שהחוק אכן יבסס אפשרות תקפה כזו),<sup>182</sup> ומכל מקום חלקי הפסק הנוגעים לממון בוודאי יהיו תקפים.<sup>183</sup>

### סיכום ההרכב הנחוץ לדיון בטענות הצדדים בגירושין

בשאלת ההרכב הנחוץ לדיון בטענות הצדדים בגירושין, ראינו כי הסכמת הצדדים יכולה לבסס את כשירותו של דין יחיד גם בתחומים שבהם לכתחילה נדרש הרכב של בית דין. לעניין חיוב גט ראינו עמדות שונות בבתי הדין הרבניים, אך הצבעתי על כמה פסקי דין שמהם עולה קיומה של גישה שעל פיה ניתן לדון ולהכריע אף בשאלת הגט בהרכב של דין יחיד, מכוח הסכמת הצדדים. נוכח כל האמור, נראה שאף על פי הדעות הפוסלות אישה מלכה בדיינות, אם הצדדים יקבלו על עצמם כי אישה תהא חלק מההרכב, יש צדדים רבים לטעון לכשרות החלטותיו במישור ההלכתי,<sup>184</sup> שכן מכל מקום ניתן להכשירן כהחלטות שניתנו בהרכב חסר

עצם הדיין לבין פסלות מצד צירופו לדיין אחר – כלומר, פסלות מדין קרוב, שאזי הפסול למעשה דבק בשני הדיינים הקרובים ולכאורה יש לפסול את שניהם.  
180 קצות החושן, סימן לו, ס"ק ז; ראו גם תומים, סימן מו, ס"ק כח, המוכיח מדברי הרי"ף שאם נותר הרכב כשר של בית דין לאחר פסילת הדיין הפסול – לא נפסל ההרכב כולו, אך מאידך מביא ראיה לדעה הנוגדת מהראב"ד ומסכם שדין זה נותר במחלוקת וצ"ע. ראו גם בחידושי הרש"ש, יבמות קד ע"ב, ד"ה "ור"ש".

181 קצות החושן, סימן לו, ס"ק ז. אך מסייג שבמקום שבו נדרשת מבית הדין נתנית עדות לעניין הפסק, אזי אכן פסולים, כפי שעדים שנמצא אחד מהם קרוב או פסול יהיו פסולים.

182 אמנם נראה שזה יועיל דווקא במצב שבו שני חברי ההרכב הנותרים תמימי דעים, יהא עלינו להמשיך ולדון מה יהא במצב שבו הם חלוקים בדעותיהם. במצב זה נראה שלדעות המסתייגות אין תוקף לפסק, אך לכאורה זוהי עמדת מיעוט כאמור לעיל, וצריך עיון נוסף.

183 שכן בדיני ממונות יכולים הצדדים לדעת כולם לקבל עליהם דיין פסול. ראו משנה, סנהדרין ג, ב; על המחלוקת אם יכול לחזור בו מקבלתו או לא, ראו גם המשנה שם; בבלי, סנהדרין כד, ע"א. ובכל שאלת גבולות דין זה עיינו בהרחבה "בית דין" אנציקלופדיה תלמודית כרך ג, עמוד קסח ואילך.

184 אמנם במצב שבו נדונה תביעת הגירושין בפני הרכב של שלושה וביניהם אישה, עלולה להתעורר הטענה שלפי המוצע כאן משמע שההרכב מנה רק שני דיינים, מצב שאותו קבע בג"ץ כבלתי חוקתי, אלא שאם לדידו של בג"ץ הרכב הכולל אישה איננו מנוע מלדון, הרי שבעינינו יש כאן הרכב של שלושה, וממילא טענות כנגד חוקיותו של ההרכב הן טענות שאינן הלכתיות ואינן נוגעות לתוקפו ההלכתי של הדיון והגט הניתן מכוחו.

(בהנחה שהמחוקק אכן יכשיר הרכב שכזה וייתן לו תוקף). אכן, יש מי שיחלוק ויאמר כי נוכח העמדה הסוברת כי לא ניתן להכשיר את האישה לדיינות, אף לא מכוח קבלת הצדדים, ובצירוף הדעה שפסלות דיינ פוסלת את ההרכב כולו, לא יהא כל תוקף להכרעת ההרכב. ואולם, נראה כאמור שמול אמירה שכזו ניצבות במשקל ניכר העמדות החולקות שהובאו לעיל, ומכל מקום יהא תוקף לפסק בהיבטיו הממוניים.

### 3. הצורך בבית דין לשם כפיית גט

השאלה השלישית שבה עלינו לדון היא אם הפעלת לחצים והטלת סנקציות העולות כדי כפיית הגט דורשת הרכב של בית דין. אם אכן כן, ממילא נמצא את עצמנו נדרשים גם לשאלה אם יש מקום להטיל ספק בתוקפו של גט שניתן כתוצאה של סנקציות ולחצים שהורתה עליהם אישה, או הרכב הכולל אישה, המכהנת כדיינת.

בפתח הדברים, ולצורך המשך הדיון, אתייחס בקצרה לשאלה כיצד ייתכן שכפייה ולחץ מניבים גט כשר שצריך להינתן ברצון האישה. בשאלה זו נשתכרו כבר קולמוסים רבים.<sup>185</sup> אביא את עיקרי הדברים הנחוצים לדיון.

עיון בבבלי בבא בתרא מצביע על הסברה לקביעת תוקפו של גט מעושה בכלל ואף בגויים: "סברא הוא: אגב אונסיה גמר ומקנה",<sup>186</sup> כלומר הלחץ החיצוני מגבש את גמירות הדעת הנחוצה כדי להכשיר את הגט.<sup>187</sup> טעם נוסף המוצע בסוגיית בבא בתרא<sup>188</sup> הוא שהגט המעושה מניב גירושין תקפים בגין רצונו הכללי והפנימי של כל אדם מישראל לפעול לפי כללי ההלכה: "דמצוה לשמוע דברי חכמים".<sup>189</sup> וכך מסביר הרמב"ם:

ולמה לא בטל גט זה שהרי הוא אנוס [...] שאין אומרין אנוס אלא למי שנלחץ ונדרחק לעשות דבר שאינו מחוייב מן התורה לעשותו כגון מי שהוכה עד שמכר או נתן אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו או עד שנתרחק מדבר שאסור לעשותו אין זה אנוס ממנו אלא הוא אנוס עצמו בדעתו הרעה. לפיכך זה שאינו רוצה לגרש מאחר שהוא רוצה להיות מישראל רוצה הוא לעשות כל המצות ולהתרחק מן

185 ראו למשל זרח ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג-153 (התשל"ו-התשל"ז).

186 מח, ע"א.

187 רשב"ם, בבא בתרא מח ע"א, ד"ה: "התם נמי נימא" שאף מבאר שכיוון שאשתו שונאתו, אין הוא מפסיד דבר מנתינת הגט.

188 מח, ע"א.

189 שם. ראו גם בדברי המגיד משנה, גירושין, פרק ב, הלכה כ, התולה את טעם הרמב"ם בדברי הבבלי שם.

העבירות ויצרו הוא שתקפו וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר  
גרש לרצוננו.<sup>190</sup>

לעניין כפיית גט עולה מן הבבלי במסכת סנהדרין ודברי הראשונים כי לכתחילה יש צורך בבית  
דין של מומחים וסמוכים,<sup>191</sup> ועם ביטול הסמיכה, נסמך כוח הכפייה על היותם של הדיינים  
שליחי דורות ראשונים.<sup>192</sup> הטעם לכך שמתאפשרת כפיית הגט מכוח שליחות זו הוא שכחותם  
של המצבים הדורשים תקנה ואשר בהם נדרשת כפיית גט;<sup>193</sup> טעם נוסף הוא הצורך למנוע  
מצב שבו בית הדין חסר כוח של כפייה, וזאת כיוון ש"דאי לא – לא מנסבן לגברי והווי להון  
בנות ישראל עגונות",<sup>194</sup> כלומר בלא כוח כפייה שיאפשר לשחרר את בנות ישראל מכבלי  
הבעל הסרבן, הן תיוותרנה עגונות.

המשנה במסכת גיטין עוסקת בזיקה שבין הגוף השיפוטי הכופה את הגט לבין כשרותו:

גט מעושה<sup>195</sup> בישראל – כשר; ובגוים – פסול; ובגוים חובטין אותו ואומרים  
לו עשה מה שישראל אומרים לך – וכשר.<sup>196</sup>

מן המשנה משמע כי יש חשיבות לשאלה מיהו הגוף השיפוטי אשר הפעיל את הלחץ לתת את  
הגט. לחץ שהופעל על ידי בית דין של גויים – איננו מניב גט כשר. עם זאת מדגישה המשנה כי  
במצב שבו בית דינם של הגויים מצהיר על עצמו כמוציא לפועל וכידם הארוכה של בית דינם

190 משנה תורה, גירושין, פרק ב, הלכה כ.

191 כלומר בית דין שהוסמכו על ידי שרשרת של דיינים שהוסמכו מימי משה רבנו.

192 בבלי, גיטין פח, ע"ב: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" – לפנייהם ולא לפני הדיוטות";  
תוספות שם, ד"ה: "לפניהם"; חידושי הרשב"א, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "והא דדרשינן".

193 חידושי הרמב"ן, סנהדרין כג, ע"א, ד"ה: "ובוודאי דכל": "שהגרושין דינן מצויין תמיד הם וראוין  
לתקנה בכל מקום משום חינה"; ראו גם נתיבות המשפט, סימן א, ס"ק א; ואולם, ראו גם חידושי  
הרמב"ן, יבמות מו, ע"ב, ד"ה: "ובעני שמעת מינה", שלענייני גיטין וקידושין יש מקום גם לטעון  
שהסמכות נשענת על הכלל ש"כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש", כלומר איזו שהיא הסכמה  
מכללא לסמכות אף כשאינם מומחים וסמוכים.

194 חידושי הרשב"א, שם. וכן חידושי הרמב"ן, שם.

195 ועיינו דברי המאירי, בית הבחירה, גיטין פח, ע"ב, המבהיר שאין הכוונה דווקא למצב שבו כפיית  
הגט נעשתה על ידי הכאה פיזית, אלא גם על ידי אונס אחר, כמו אונס ממון שמעקלים את רכושו  
או מטילים עליו קנס. אציין כי לא לכל הדעות אונס ממון נחשב ככפיית גט. לעניין זה ראו הדיון  
להלן בטקסט הצמוד לה"ש 229.

196 משנה, גיטין ט, ח. אציין שבחלק מכתבי היד לא מופיעה המלה "וכשר" (ראו מאיר שמחה הכהן  
פלדבלום דקדוקי סופרים: מסכת גיטין (התשכ"ו), וראו למשל גם הנוסח בבלי, בבא בתרא מח,  
ע"א, ובעקבות כך עיינו תוספות שם, ד"ה: "גט מעושה בישראל", כי יש המפרשים את המילים:  
"ובגויים חובטין אותו ואומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך" כפירוש של הרישא – של אותו  
מצב שבו הגט בגויים הוא פסול. ראו תוספות שם, הכותב: "ואין נראה" וכיוון שכך מפרש רבנו  
יצחק שהסיפא מתארת את המצב של כשרות הגט, ושכך מפורש בהלכות גדולות, וכן משמע  
מהתוספתא ומהירושלמי.

של ישראל ופסיקתו, ואף אומרים כן לסרבן: "עשה מה שישראל אומרים לך", הרי שהגט כשר.<sup>197</sup> כך בלשונו של הר"ן:

כלומר, ובעובדי כוכבים פעמים שכשר אם אומרים לו עשה מה שחכמי ישראל אומרים לך, שעל ידי זה לא היה העובד כוכבים אלא כמקל ורצועה לבית דין של ישראל שלוחו של בית דין, ואין מדקדקין בשליח שהוא חובט אם הוא ישראל או עובד כוכבים.<sup>198</sup>

לכאורה ניתן היה להניח שהסיבה לפסלות גט מעושה בגויים היא החשש שהכפייה הופעלה שלא כדין, כלומר במצב שבו אין עילת כפייה לפי ההלכה. כאמור לעיל, יש קשר בין קיומה של עילה תקפה לבין הנחת גיבוש הרצון המכשיר את נתינת הגט מכוח כפייתו.<sup>199</sup> ואולם, בדיון האמוראים סביב משנה זו אנו עדים לדברים הבאים:

אמר רב נחמן אמר שמואל: גט המעושה בישראל, כדין – כשר, שלא כדין – פסול ופוסל; ובעובדי כוכבים, כדין – פסול ופוסל, שלא כדין – אפילו ריח הגט אין בו.<sup>200</sup>

מן האמור לעיל משמע שלעניין כשרותו של הגט והשלכותיו יש לבחון שני פרמטרים: הפרמטר הראשון הוא שאלת קיומן של הדרישות ההלכתיות המצדיקות את עצם הפעלת הכפייה.

הפרמטר השני הוא זהותו של הגוף השיפוטי המפעיל את הכפייה על הסרבן: ישראל או גויים.

ראשית, נמצאנו למדים שאף במצב שבו הגט ניתן בבית דין של גויים לפי הפרמטרים ההלכתיים המצדיקים את כפייתו, אין בכך כדי לקבוע את כשרותו, ואף גט כזה יהיה פסול. שנית, אנו רואים כי לקיומם או היעדרם של שני הפרמטרים המצוינים לעיל יש שתי השלכות משמעותיות שאינן צועדות תמיד יד ביד: הראשונה נוגעת לקביעה אם הגט פעל את פעולתו והתיר את האישה להינשא לאחר, ואילו השנייה נוגעת לקביעה אם הגט שניתן פוסל אותה מלהינשא לכוהן ככל אישה גרושה.

197 ראו למשל בתוספות רא"ש, גיטין פח, ע"ב, המבאר שתחילה סבר רבנו תם כי למעשה מדובר במחלוקת וכי לדעה כי בגויים פסול – פסול אפילו במצב שבו אומרים לו עשה מה שישראל אומרים לך, ולאחר מכן חזר בו ורואה פה שלושה מצבים מוסכמים. פרשנות זו היא המובאת בדברי מרבית הראשונים והאחרונים.

198 ר"ן על הרי"ף, גיטין מט ע"א, ד"ה: "ובעובדי כוכבים". ראו גם תוספות, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "ובגויים"; חידושי הריטב"א, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "ובגויים חובטים".

199 כפי שראינו, ליד ה"ש 189, ההנחה שכפייה מגבשת רצון תקף לגט מתבססת גם על ההנחה שאדם חפץ לקיים את מצוות חכמים.

200 בבלי, גיטין פח, ע"ב.

לכאורה ניתן היה להניח שאם הגט כשר, הוא פוסל אותה מלהינשא לכוהן, ואם הגט פסול, הרי שהיא כשרה להינשא לכוהן לאחר מות בעלה. ואולם, באופן מפתיע אנו עדים בבבלי לדברי רב נחמן מפיו של שמואל, שיש אפשרות של גט "פסול ופוסל", כלומר מחד גיסא היא נותרת במעמד של אישה פנויה ואיננה מותרת להינשא, ומאידך גיסא היא פסולה מלהינשא לכהן כאילו היא אכן גרושה. הכיצד?

מדברי הגמרא משמע שגט שניתן שלא כדין בישראל, כלומר בלא עילת כפייה תקפה,<sup>201</sup> או שניתן כדין בגויים הוא פסול ופוסל, משום שיש בו "ריח גט", כלומר נחזה כלפי חוץ כגט<sup>202</sup> (בעוד כאשר ניתן גט שלא כדין בגויים, האישה איננה גרושה ותוכל להינשא גם לכוהן כיוון ש"אפילו ריח גט אין בו").

מדיון הגמרא משתמע קושי בהבנת התוצאה שלעיל ונערך דיון בשאלות אם מעיקר הדין ה"גויים בני עשוויי ניהו" ואם מעיקר הדין יש בכוח הכפייה שלהם כדי להניב גט כשר. בדברי האמוראים מובאים שני תירוצים לתוצאת הביניים המתמיהה. ראוי לשים לב ששני התירוצים נשענים על ההנחה שהתוצאה האמורה נובעת מגזרת חכמים שביסודה טעמים מטה-הלכתיים, ואיננה תוצאה של עיקר הדין:

גט הניתן בגויים כדין – כשר

התירוץ הראשון הוא תירוצו של רב משרשיא:

אמר רב משרשיא: דבר תורה גט מעושה בגויים כשר. ומה טעם אמרו פסול?  
שלא תהא כל אחת ואחת הולכת ותולה עצמה בגוי ומפקעת עצמה מיד בעלה.

במילים אחרות, מעיקר הדין גט מעושה שניתן לפי כללי ההלכה הוא אכן כשר. הסיבה לקיומו של פרמטר שני הברוחן את זהותו של הגוף השיפוטי המפעיל את הכפייה היא גזרת חכמים שסיבתה מטה-הלכתית – גזרה שמטרתה למנוע מצב שבו נשים פונות לבתי דין של גויים כדי שיפעילו את כוח הכפייה שלהם על בעליהן. הגמרא מסבירה חשש זה כשהיא נוקטת את הלשון "תולה עצמה בגוי", לשון שממנה משתמע לכאורה חשש ליחסי קרבה בלתי הולמים,

201 רש"י, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "כדין".

202 כאשר ננקטת לשון של "ריח גט" הכוונה היא לדבר מה שאמנם אינו תקף מדאורייתא, ובכל זאת הוא נחזה כלפי חוץ כגט, וזאת כשם שריח אינו הדבר עצמו אולם נותן את התחושה של הדבר ויש לו זיקה וקשר אליו. לעניין איסור כוהן לגרושה אנו רואים במקורות חז"ל (עיין למשל: בבלי, יבמות נב ע"א) שאנו מחמירים גם בריח גט. כיוון שכך, גם כאשר נתן לה גט ואמר לה את מותרת לכולם חוץ מפלוני, אף שמדאורייתא הגט אינו תקף, הרי שיש בו ריח גט הפוסלה מלהינשא לכוהן מדרבנן.



שהמניע להם הוא רצון האישה שיכפו את בעלה לגרשה.<sup>203</sup> יתר על כן אולי מן הלשון "מפקעת עצמה מיד בעלה" עולה גם חשש מריבוי גיטין הניתנים שלא כדין,<sup>204</sup> כלומר, גיטין שבהם לא מתקיים גם הפרמטר ההלכתי הראשון.<sup>205</sup> הרמב"ם מסכם את מעמדו של גט זה ופוסק כי הגט תקף מן התורה בגין הנחת הרצון הפנימי של כל אדם לגרש לפי כללי ההלכה,<sup>206</sup> אך פסול בגין גזרת חכמים:

ואם הגויים מעצמן אנסוהו עד שכתב הואיל והדין נותן שיכתוב הרי זה גט פסול.<sup>207</sup>

טעם זה איננו קיים כמובן במצב שבו יש כפייה למתן גט שלא על פי הפרמטרים ההלכתיים.<sup>208</sup> כך כותב, למשל, הלחם משנה:

דשאני עכו"ם דשלא כדין דידהו הוא שהם יודעים שעושין שלא כדין ומכל מקום כופין וכן הישראל שכופין אותו לא גמר ומגרש כיון שידוע שכופין אותו שלא כדין.<sup>209</sup>

- 203 ונראה שזו כוונתו של רש"י, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "תולה עצמה": "ובאה עליו בעקיפין", ראו רשב"ם, בבא בתרא מח, ע"א, ד"ה "ותולה עצמה ביד גוי": "להחניף לו ולזנות עמו, עד שיכריח את בעלה לגרשה".
- 204 ראו למשל תוספות, בבא בתרא מח, ע"א, ד"ה: "דבר תורה", שהגזרה אכן נובעת מחשש לריבוי מקרי כפייה בגויים גם שלא כדין.
- 205 ך למשל בחידושי הרשב"א, בבא בתרא מח, ע"א, ד"ה: "איתמר עלה", הוא מסביר את החשש ש"מפקעת עצמה שלא כדין מיד בעלה" כלומר, תפנה לגוי גם כשאין עילת כפייה.
- 206 עיינו בטקסט הסמוך לה"ש 190.
- 207 משנה תורה, גירושין, פרק ב, הלכה כ. כאשר נוקט הרמב"ם בלשון של "גט פסול" משמע שתקף מן התורה אלא שיש בו פסול מדרבנן (שם, פרק י, הלכה ב).
- 208 ראו למשל פסקי הרי"ד, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "אמר רב": "אף על גב דאמ' רוצה אני, כיון דשלא כדין עישו אותו ואין מצוה לשמוע דבריהן לא גמר ויהיב בכל לב"; מאידך, ראו דיוק לשון הרמב"ם במשנה תורה, גירושין, פרק ב, הלכה כ: "לא היה הדין נותן שכופין אותו לגרש וטעו בית דין של ישראל או שהיו הדיוטות ואנסוהו עד שגירש הרי זה גט פסול, הואיל וישראל אנסוהו יגמור ויגרש". משמע לכאורה שבמצב של טעות, די במוטיבציה של האדם למלא אחר מצוות בית הדין כדי לגבש את הרצון הפנימי הנדרש לתת תוקף לגט, מה שאין כן במצב בו הכפייה שלא על פי הפרמטרים ההלכתיים נעשית בבית דין של גויים; וראו לחם משנה, גירושין, פרק ב, הלכה כ, המדגיש כי במצב של טעות גם האדם המגרש טועה לחשוב שכופין אותו וכדין ולכן מגבש את הרצון הפנימי הנדרש, אך אם בית דין ביודעין מורים על גט מעושה שלא כדין שלא בטעות, אכן אין לו תוקף. ממשיך הלחם משנה ומבאר שלשיטת הרמב"ם לשון המשנה מניחה שככלל בית דין כופין שלא כדין רק משום טעות, ולכן אינה מבחינה בין המצבים הללו. ואולם, ראו המשך דברי הלחם משנה, המקשה על דברי הרמב"ם שכן לפי דברי הבבלי משמע שגט שלא כדין בישראל חסר תוקף מן התורה. ועיינו שם שמציע שהרמב"ם פסק לפי סוגיית הבבלי, בבא בתרא מח, ע"א, שכיוון שיש אונס וכן מצווה לשמוע דברי חכמים, הרי זה דומה למצב שבו יש אונס וקבלת תמורה במקח שבו המקח תקף. ועיינו שם עוד דבריו הארוכים.

## גט הניתן בגויים כדין – אינו כשר

התירוץ השני בדברי הגמרא שולל את שיטת רב משרשיא, המכשיר מעיקר הדין גט הניתן בגויים כדין, במלים חריפות: "בדוּתא היא"<sup>210</sup> לפי שיטה זו, גט הניתן בבית דין של גויים הוא גט פסול מעיקר הדין (וזאת אלא אם כן הגויים הנם רק גוף הוצאה לפועל של כפייה שנפסקה בבית דין של ישראל). ממילא יש לשאול: אם כך, מדוע לדברי רב נחמן מפי שמואל זהו גט הפוסל את האישה מלהינשא לכוהן? ולכך משיבים:

"כדין בכדין דישראל מיחלף, שלא כדין בכדין ישראל לא מיחלף".

גם לפי התירוץ השני, הטעם נעוץ בגזרת חכמים הנובעת מסיבה מטה-הלכתית – גזרה החוששת לטעות בעיני הציבור הרחב. במילים אחרות, חכמים גזרו שגט מעושה הניתן בהתאם לפרמטרים ההלכתיים על ידי גויים יפסול את האישה מלהינשא לכוהן כדי שלא יטעה הציבור לחשוב שגם במצב שבו הגט ניתן בכפייה לפי הפרמטרים ההלכתיים על ידי ישראל, אזי יכולה האישה להינשא לכוהן.<sup>211</sup> לעומת זאת, כאשר הגט ניתן על ידי גויים מבלי שהוא מקיים אף את הפרמטרים ההלכתיים, אין מקום לחשש כזה, וממילא גט כזה אף איננו פוסל את האישה.<sup>212</sup> מהי הסברה ביסוד שיטה זו? מדוע גט שנכפה על ידי גויים איננו תקף? מדוע אין לטעון כי הלחץ החיצוני גיבש את הרצון הפנימי הנדרש למתן תוקף לגט בלא כל קשר לזהותם של הכופים?

209 לחם משנה, גירושין, פרק ב, הלכה כ.

210 זאת בעקבות קושיה על שיטת רב משרשיא, שכן לכאורה אם לשיטתו יש לגויים עקרונית כוח של כפיית גט שיהא כשר, מדוע כאשר כפו אותו שלא כדין אין הוא פוסל את האישה מלהינשא לכוהן משום ריח גט ובדומה לגט שניתן שלא כדין בישראל? ועיינו בדברי הלחם משנה, שם, המשיב לקושיה זו ומבחין בין רצון סרבן הגט לקיים רצון בית דין של ישראל גם בכפייה שלא כדין, וזאת בניגוד לבית דין של גויים.

211 רש"י, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "כדין", מבאר את חשש הבלבול כך: "ואתי למימר ישראל נמי שעשוהו כדין – לא פסיל, וההוא גיטא מעליא הוא". לכאורה משמע שהחשש הוא שיטילו ספק כללי בהשלכותיו של גט מעושה, ושלא יטילו ספק לא רק בשאלה אם הוא פוסל אלא אף אם הוא עצמו פסול. טיעון זה מעורר תמיהה: מדוע יטעו לחשוב כך? הרי הלכה ידועה ומפורסמת היא שיש אפשרות לכפות גט בתנאים מסוימים. אכן הר"ן, גיטין מט, ע"א, בדפי הרי"ף, ד"ה: "ופוסל מן הכהונה", מבאר שיטעו לחשוב שאיסור גרושה לכוהן הוא רק במצב שבו בעלה גירשה לרצונו, אך לא כאשר כפו אותו לגרשה.

212 מבאר רש"י, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "שלא כדין", כי לכאורה ניתן היה לחשוש שהציבור לא יבחין בין גט שלא כדין בישראל לגט שלא כדין בגויים. הרי גט שלא כדין בישראל פוסל את האישה מלהינשא לכוהן משום ריח הגט. אם כך, מדוע לא קבעו כי כך יהא גם כאשר לגט שניתן שלא כדין בגויים? ומבאר שעצם פסילת האישה מלהינשא לכוהן בגט לא כשר היא גזרה, ואין גוזרים גזרה לגזרה.

בהמשך הסוגיה טמון לכאורה הטעם לדעה הפוסלת גט שכזה. הבבלי מביא דיוק מן הפסוק בספר שמות: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם"<sup>213</sup> כי "לפניהם – ולא לפני גויים". טעם זה מובא כטעם הפוסל גט שניתן כדין בגויים בדברי רבים מחכמי ההלכה.<sup>214</sup> הרי"ד גם קושר בין טעם זה לבין גיבוש הרצון הפנימי:

אבל היכא דגוים אנסי ליה דאין מצוה לשמוע דבריהם אפי' כדין, דרחמנא אמר "לפניהם ולא לפני גוים" אף על גב דאמר רוצה אני לא גמר ויהיב בכל לב.<sup>215</sup>

כיוון שיש איסור להביא את הדין בפני גויים, ממילא גם אין גיבוש רצון פנימי לתת את הגט לפי מצוותם, אף שלפי הפרמטרים ההלכתיים אכן יש מקום לכפיית הגט.

### הכרעה בין השיטות

מדיון הגמרא בגיטין משמע ששיטתו של רב משרשיא נדחתה. לשון הגמרא היא פסקנית: "בדוּתא היא", ובלשון רש"י: "דודאי לאו בני עשוויי ניהו".<sup>216</sup> לכאורה הוכרע כשיטה שיש חשיבות רבה גם לזהותו והרכבו של הגוף השיפוטי הקובע את כפיית הגט, ולא רק לשאלה אם זהו גט שניתן "כדין" לפי הפרמטרים ההלכתיים המצדיקים כפייה.

אלא שתמונה פסקנית זו משתנה כשאנו מעיינים בדיון הגמרא בבבלי בבא בתרא.<sup>217</sup> במהלך דיון הגמרא בסיבת תוקפו של מקח שנעשה באונס, מסיק הבבלי כי הטעם נעוץ בסברה שלפיה "אגב אונסיה גמר ומקנה", כלומר הלחץ החיצוני מגבש את גמירות הדעת הנחוצה לתוקפו של המקח. כנגד רב יהודה – המקשה מדוע אין אפוא תוקף לגט מעושה שניתן בכפייתם של גויים, שהרי גם כאן ניתן לומר שהלחץ החיצוני גיבש את גמירות הדעת הנחוצה לתוקפו של הגט – מביא הבבלי את שיטתו של רב משרשיא, שמעיקר הדין הגט אכן תקף גם במצב זה וגזרת חכמים היא הקובעת שיהא פסול.

לכאורה משמע מכאן ששיטת רב משרשיא איננה שיטה דחויה כלל ועיקר. בדברי הרמב"ם אכן נראה שהוא פוסק כשיטת רב משרשיא וקובע שכאשר ניתן גט לפי הפרמטרים ההלכתיים בכפיית בית דין של גויים, הגט פסול אך לא בטל.<sup>218</sup> רבי יוסף קארו, בעל הכסף משנה, תמה על הרמב"ם תמיהה גדולה; לדידו לשון הבבלי במסכת גיטין "בדוּתא היא" היא לשון חד-

213 שמות כא 1.

214 ראו למשל תוספות, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "ובעובדי כוכבים"; פסקי רי"ד, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "אמר רב"; חידושי הרשב"א, גיטין מח, ע"ב, ד"ה: "גט מעושה"; תוספות רא"ש, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "ובגויים חובטין"; בית יוסף, אבן העזר, סימן קלד, ס"ק ז-ט.

215 פסקי רי"ד, לעיל ה"ש 214, שם; ראו כדברים הללו גם בפסקי ריא"ז, גיטין, פרק ט, הלכה ד, אות טז. כן ראו בחידושי הגר"ח, גיטין, פח ע"ב.

216 רש"י, גיטין פח ע"ב, ד"ה: "בדוּתא היא".

217 בבלי, בבא בתרא מח, ע"א.

218 משנה תורה, גירושין, פרק ב, הלכה כ.

משמעית ויש לסמוך עליה בקביעה שהגט אינו כשר מעיקר הדין,<sup>219</sup> והוא חוזר על קושייתו גם בחיבורו "הבית יוסף".<sup>220</sup> מדברי רוב פוסקים אכן משמע שגט מעושה בגויים פסול מעיקר הדין.<sup>221</sup> את דיון הבבלי בבא בתרא הם מתרצים כשיטה המובאת לפי סברת המקשה בלבד, שאכן סבור שלגויים כוח כפייה, אך לא כעדות לכך שהבבלי מצדד בשיטתו.<sup>222</sup> הדיון שלעיל נחוץ לענייננו כדי לבחון אם מעיקר הדין יש חשיבות לגוף השיפוטי הכופה את הגט, וממילא אם גט שנכפה על ידי אישה, או על ידי הרכב שבו חברה גם אישה, היא תקף לדעות שאישה איננה כשירה לכהן כדיינת.

נוכחנו לראות כי לדעה האחת, הנפסקת להלכה בדברי הרמב"ם, מעיקר הדין אין חשיבות לזהותו של הגוף השיפוטי הקובע את כפיית הגט כל עוד הכפייה היא לפי הפרמטרים ההלכתיים המצדיקים אותה. פסלותו של הגט היא רק מגזרת חכמים שנשים לא תתלינה את עצמן בגויים, גזרה שלפי הגיונה איננה ישימה כלל לבית דין של ישראל שבו מכהנת אישה יהודייה.

לדעה ההלכתית האחרת, הרי שנוכח האיסור של "לפניהם ולא לפני גויים" אכן קיימת חשיבות לזהותו של הגוף השיפוטי הקובע את כפיית הגט. זהותו משפיעה מעיקר הדין על גיבוש הרצון הפנימי למלא אחר הוראותיו של אותו גוף שיפוטי ולתת את הגט. ואולם, גם איסור זה איננו ישים למצב שבו הוראת הכפייה ניתנת לפי הפרמטרים ההלכתיים, בבית דין רבני שבהרכבו חברה גם אישה דיינת, ולא נראה שמתקיים כל רציונל לטעון שלא גובש רצון תקף למתן הגט.<sup>223</sup>

להשלמת העיון בכפיית הגט, אבחן גם את השאלה אם הסנקציות שאותן מטיל בית הדין כלל עולות כדי כפיית הגט, או שמא רק הפעלת לחץ פיזי ממש, דוגמת "מכין אותו עד שיאמר רוצה אני", עולה כדי כפייה.

כאשר אנו סוקרים את המקורות ההלכתיים השונים, עולה כי בידי בית הדין אפשרות להפעלת כמה אמצעי לחץ עיקריים על סרבן הגט, שאותם אביא מן הקל אל הכבד, כלומר מן

219 כסף משנה, גירושין, פרק ב, הלכה כ. ראו דבריו שאפילו אם יש צד לטעון שצריך לחשוש לאמור בבבלי, בבא בתרא מח, ע"א, הרי לכל היותר יש לדון אם האישה ספק מגורשת כאשר הכפייה כדין בישראל, אך מכל מקום אין לפסוק כלשון הרמב"ם שגט זה פסול מדרבנן בלבד. לכאורה אם כבר נישאת בגט זה לאחר – לא תצא. אכן הכסף משנה חותם את דבריו במילים: "וצריך עיון".

220 בית יוסף, אבן העזר, סימן קלד, ס"ק ז-ט.

221 ראו למשל טור, אבן העזר, סימן קלד; שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קלד, סעיף ח; בית שמואל, אבן העזר, סימן קלד, ס"ק יג; פסקי ריא"ז, גיטין, פרק ט, הלכה ד, אות טז.

222 ראו למשל תוספות, בבא בתרא מח, ע"א, ד"ה: "דבר תורה"; כן ראו תוספות רא"ש, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "שלא תהא".

223 ייתכן שיהיה מי שיטען כי גיבוש הרצון מתקיים רק בגוף שיפוטי המורכב משלושה גברים והמהווה בית דין לכל הדעות ההלכתיות, אולם דומני שטיעון זה דחוק מעט, וכי עיקר הרציונל להניח שקיים גיבוש הרצון תלוי בשאלה אם מתקיימת עילת הכפייה ההלכתית הנדרשת.

האמצעי הרחוק ביותר מכפיית הגט, המתוארת במקורות כ"מכין אותו", לזה החמור והקרוב ביותר לכפיית הגט הנזכר לעיל.<sup>224</sup>

לחץ מוסרי-חברתי: בדרגתו הקלה הכוונה בלחץ מוסרי-חברתי היא ל"כפייה בדברים", כלומר "שמותר לקרותו עבריינא".<sup>225</sup> לחץ מוסרי זה יכול למצוא גם ביטוי מעשי ומרחיק לכת יותר של קריאה להתרחקות חברתית מסרבן הגט. כך למשל, בתשובת רבנו תם לשאלה שנשאל על אודות אישה שמאסה בבעלה בעל המום ומבקשת לכפותו לגרשה, סבור רבנו תם שלא ניתן לעשות כן, אך כותב:

אך אם כל רבותינו שוין בדבר תגורו באלה חמורה על כל איש ואשה מזרע בית ישראל הנלוים אליכם, שלא יהו רשאיין לדבר עמו לישא וליתן עמו להאריחו ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקריו בחלותו. ועוד יוסיפו חומר ברצונם על כל אדם, אם לא יגרש ויתיר אותו האיש את הילדה הזאת, שבזה אין כפיה עליו. שאם ירצה מקיים, והוא לא ילקה בגופו מתוך נידוי זה, אך אני נתפרד מעליו, וכל שיהא זכור בגזרתם וגזרתנו ישמור אותה, ואם יעבור שוגג לא תחול על השוגג. ואם כך יעשו רבותינו נראה דרך הישרה, כי טוב להניח אותה בעיגונה מלהוציא לעז על בניה, שכבר פשט האיסור ע"י המאורעות הנארעות.<sup>226</sup>

העובדה שלחץ זה איננו מופעל במישרין כנגד הסרבן וגופו מביאה לכך שניתן להפעילו גם במצבים שבהם אין עילת כפייה הלכתית. כלי זה אכן ננקט בכמה הזדמנויות על ידי בתי הדין הרבניים.<sup>227</sup>

ברוח זו של הרחקות רבנו תם חוקק בשנת 1995 חוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995,<sup>228</sup> המקנה לבית הדין ארגו כלים רחב של הגבלות שונות שאותן הוא מוסמך להטיל על סרבני הגט, וזאת בכל מצב שבו הורה על מתן גט או קבלת גט, ואף מבלי שהורה בפסק דינו על כפייה או חיוב.

224 סקירתם של אמצעי הכפייה מבוססת על מאמרו של ורהפטיג, לעיל ה"ש 185, בעמ' 161-175.

225 תוספות, כתובות ע, ע"א, ד"ה: "יוציא ויתן כתובה".

226 ספר הישר (חלק התשובות), סימן כד; על הרחקות רבנו תם עיינו גם במאמרו המקיף והמעמיק של אברהם בארי "הרחקות רבנו תם" שנתון המשפט העברי יח-יט 65 (התשנ"ב-התשנ"ד).

227 ראו למשל, ערעור (גדול) תשד"ס/237 (לא פורסם, כ"א סיוון תשמ"ה), מובא בשו"ת ציץ אליעזר, חלק יז, סימן נא (הובא גם בשו"ת יביע אומר, חלק ז, אבן העזר, סימן כג); ראו גם נטע סלע "בית הדין הרבני: חרם על הסרבן ישראל בריקסמן" Ynet 28.9.2008 [www.ynet.co.il/28.9.2008](http://www.ynet.co.il/28.9.2008) articles/0,7340,L-3603221,00.html. כמו כן ראו בג"ץ 5185/13 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 28.2.2017) הדין בסמכות בית הדין הרבני להמליץ על נקיטת הרחקות רבנו תם נגד סרבן גט.

228 ס"ח 139.

צווי ההגבלה מאפשרים מניעת שורה של שירותים המוענקים לאזרחי המדינה, כמו למשל מניעתן של החזקת רישיון נהיגה, פתיחת חשבון בנק, יציאה מן הארץ ועוד. רוב צווי ההגבלה הללו אינם בגדר פעולה ישירה כנגד גופו של הסרבן או ממונו, אלא דומים מאוד לאותה מניעת טובה המתוארת בהרחקות רבנו תם, אשר כמובן יוצרת על הסרבן לחץ עקיף להיענות לצו שניתן נגדו בבית הדין ולקיימו.

**לחץ כספי:** בין הפוסקים השונים יש מחלוקת בשאלה אם לחץ ממוני הינו אונס הפוסל את הגט במצבים שבהם לא הייתה עילה הלכתית לכפותו.<sup>229</sup> עם זאת, נראה שהפעלת לחץ ממוני מן הסוג של "כפייה בדרך ברירה" איננו מעורר קושי כזה ואיננו עולה כדי כפייה. הכוונה היא, למשל, למצב שבו מחייבים את האיש בתשלום מזונות לאישה (וזאת אף אם היא גרה בנפרד ממנו) או כאשר מחייבים אותו לפרוע את כתובתה באופן מידי.<sup>230</sup> ניתן להגדיר מצבים של "כפייה בדרך ברירה" כמצבים שבהם החיוב הכספי מוטל על האיש ממילא מכוח הדין, אלא שבית הדין מדגיש בפניו שבידו הברירה והבחירה להסיר מעליו את החיוב אם ייתן את הגט.<sup>231</sup>

**לחץ גופני:** הפעלת לחץ גופני על סרבן הגט היא ללא ספק אמצעי הכפייה החזק ביותר. בלשון המשנה: "חובטין אותו"<sup>232</sup> ו"כופין אותו עד שיאמר רוצה אני".<sup>233</sup> נראה שכבר בתקופת התלמוד נהוג היה להפעיל כאמצעי כפייה על גופו של סרבן הגט גם את עונש המאסר.<sup>234</sup> עם זאת אציין כי הרב עובדיה יוסף, למשל, מסתפק בכך שהמאסר בימינו כלל עולה כדי כפיית גט:

ומכל שכן בכפיה שבזמן הזה שאינה כפיה בשוטים, אלא בישיבה בבית הסוהר, ואין כל דמיון בין בית הסוהר של זמנינו לבית הסוהר שבזמנים הקודמים.<sup>235</sup>

- 229 לעיון בדעות ההלכתיות החולקות, עיינו אצל ורהפטיג, לעיל ה"ש 185, בעמ' 164.
- 230 ראו למשל שו"ת התשב"ץ, חלק א, סימן א, ד"ה: "אונסא דאחריני"; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן כא.
- 231 על שאלת האפשרות לפסוק מזונות מוגדלים במצב של סרבנות, ראו מחד גיסא את הדיון בבג"ץ 54/55 רוזנצווייג נ' יו"ר ההוצל"פ, פ"ד ט 1543 (1955), שם מכנה אותם השופט זילברג "מזונות הפחדה", אשר לדידו ודאי ייחשבו ככפיית גט; מאידך גיסא ראו את המקורות המובאים אצל ורהפטיג, לעיל ה"ש 185, בעמ' 166, המביא דעות הלכתיות המאפשרות הטלת מזונות מוגדלים. כך למשל, הרב הרצוג, שו"ת היכל יצחק, אבן העזר, חלק א, סימן א, גורס כי כפיית גט היא רק כאשר "מטילין עליו דבר שאין בכחו לסבול [...] סכום עצום המהרס אותו, אבל לא סכום שאינו פוגע בו מידה חמורה".
- 232 משנה, גיטין ט, ח.
- 233 משנה, ערכין ה, ו.
- 234 כך, בבלי, פסחים צא, ע"א, מוזכר "בית אסורין דישאל", ומפרש רש"י שם, ד"ה: "בית האסורין": "כגון לכופו להוציא אישה פסולה".
- 235 שו"ת יביע אומר, חלק ג, אבן העזר, סימן כ.

זאת ועוד, יש מי שמציע כי במצב שבו המאסר מוטל על סרבן הגט מכוח הפרת צו בית הדין וביזיונו, ייתכן שכלל אין לראות בכך כפיית גט. כך למשל כותב הרב שילה רפאל:

ההכנסה לבית סוהר אינה בגלל אי מתן גט, אלא בשל בזיון ביה"ד עקב אי מסירת המסמכים. אלא שאם יתן גט אנו פוטרים אותו משיבה בבית הכלא ומשאר קנסות ומוחלים לו על בזיון בית הדין.<sup>236</sup>

מן הסקירה שלעיל נראה ששאלת יכולתה של כפייה להניב גט תקף תתעורר רק כאשר בית הדין מפעיל אמצעי לחץ פיזיים דוגמת מאסר, ואף בעניין זה יש הסוברים שאין לראות בכך כפייה דוגמת הכפייה הנדונה בתלמוד.

### סיכום הצורך בבית דין לשם כפיית גט

בחלק זה עיינתי ודנתי בעצם שאלת הצורך בבית דין לכפיית גט ובהרכבו. ראינו כי מעיקר הדין יש צורך בבית דין כדי להפעיל כוח של כפייה, וממילא נדרשנו לשאלה אם לדעות שאישה איננה יכולה לכהן כדיינת יהא תוקף לגט שניתן עקב כפייה שהורה עליה הרכב שבו חברה אישה.

יש שתי דעות הלכתיות לעניין תוקפו של גט שכפייתו נעשתה לפי כללי ההלכה בבית דין של גויים. לדעה האחת, הנפסקת לדעת הרמב"ם, הגט תקף מעיקרו, ופסול מצד גזרת חכמים שאיננה ישימה למצב של אישה דיינת בבית דין רבני. לדעה האחרת, הנפסקת למרבית הפוסקים, גט כזה איננו כשר מעיקר הדין, וזאת משום שיש איסור לבוא לדיון בפני גויים, אולם נראה שגם טעם זה איננו ישים למצב של אישה יהודייה המכהנת כדיינת (במיוחד נוכח שלל העמדות המאפשרות את כהונתה מכוח קבלת הציבור או קבלת הצדדים). כיוון שכך, נראה כי הרציונל הקובע את המצבים שבהם גט כפוי תקף, שריר ועומד גם במצב שבו נעשתה הכפייה בהרכב שבו חברה אישה.

זאת ועוד, רוב רובן של הסנקציות המופעלות כנגד סרבני הגט אינן מוגדרות כלל ככפייה, ולפיכך אף אם נטיל ספק בתוקפו של גט שניתן בכפייה בהרכב כאמור, נראה לומר שהבעיה תתעורר רק במצב של הטלת עונש מאסר (ואף כאן יש ספק בשאלה אם זוהי אכן כפייה ממש). לכאורה, אף לעמדה דחוקה זו ניתן יהיה לחשוב על פתרון הקובע כי נשים בתפקידי דיינות יימנעו מלשבת בהרכב עת מוטל על הסרבן צו מאסר.

236 שילה רפאל "מאסר על בזיון בית הדין אינו כפייה לגט" משכן שילה רב (התשנ"ו); ראו גם ש"ת ישכיל עבדי, חלק ו, סימן צו.

## ה. כהונת נשים בבית הדין הרבני כיום

### 1. סיכום המצע ההלכתי בשאלת כהונתן של נשים בבית הדין הרבני כיום

על מנת להמשיך ולבחון את עמדת ההלכה לעניין כהונתן של נשים בבית הדין הרבני כיום, אסכם את המצע ההלכתי שעלה מעיוננו עד כה בחלקים ג ו-ד למאמר, ואנסה לבדוק אם מצע זה מקים נתיב הלכתי המאפשר מינוי נשים לתפקידי דיינות.

**עיוננו פתח בשאלה: האם נשים יכולות לשמש בתפקידי שיפוט? בחלק זה נבחנו העמדה ההלכתית הנוגעת לכהונת נשים בתפקידי שיפוט ככלל. בדמותה של דבורה הנביאה מצאנו לכאורה תקדים מקראי של אישה המכהנת על כס השיפוט. ואולם, במקורות התנאים והאמוראים ראינו התייחסויות אחדות שמהן עולה האפשרות שמציאות כזו היא בבחינת חריג לכלל הפוסל אישה מלכהן בדיינות. עם זאת הדגשנו שרק בתלמוד הירושלמי מצאנו עמדה מפורשת הפוסלת את האישה מלדון, בעוד במקורות האחרים, דוגמת התלמוד הבבלי, לא הוצגה עמדה פסקנית ומפורשת בשאלה זו, וממילא נותר כר נרחב לעמדות פרשנות שונות של חכמי ההלכה והפוסקים בדורות שלאחר מכן. אכן, בדברי הראשונים מצינו דעות לכאן ולכאן. יש מן הראשונים המביאים בדבריהם דעה המאפשרת לאישה לשמש בדיינות תוך שהם מעלים אפשרות להיתר ומיישבים אותה עם מקורות הנראים לכאורה כפוסלים בדיינות בנשים (כך למשל,<sup>237</sup> בדברי התוספות וראשונים אחרים כמו הרשב"א; הריטב"א; הרא"ש; בעל ספר החינוך והר"ן,<sup>238</sup> מובאת העמדה המצדדת בהיתר אישה לדון). ואולם, אותם ראשונים המביאים את העמדה המצדדת בהכשרה, מביאים אף את העמדה הנוגדת והמצדדת בפסילת האישה מלדון. בדרך כלל מובאות שתי העמדות זו לצד זו מבלי להכריע ביניהן, אולם יש ראשונים הנוקטים בבירור עמדה הפוסלת אישה מתפקידי דיינות (למשל הרמב"ם,<sup>239</sup> האור זרוע,<sup>240</sup> תוספות הרא"ש,<sup>241</sup> המהרש"ל,<sup>242</sup> הרמב"ן<sup>243</sup> והר"ן<sup>244</sup>). עמדות פוסלות אלו מציעות כמה דרכים ליישוב הקושי והסתירה למול התקדים המקראי של דבורה הנביאה.**

237 ראו ההפניות השונות המובאות בטקסט הסמוך לה"ש 51 לעיל ואילך.

238 הר"ן על הרי"ף, גיטין מט, ע"ב, ד"ה: "דבר אחר".

239 משנה תורה, מלכים, פרק א, הלכות ד-ה.

240 אור זרוע, חלק ג, פסקי בבא קמא, סימן צג, טו ע"א.

241 וכך משתמע גם מדברי התוספות רא"ש, גיטין פח, ע"ב, ד"ה: "לפניהם".

242 ים של שלמה, יבמות, פרק ד, ד"ה: "עבדיה".

243 חידושי הרמב"ן, שבועות ל, ע"א, ד"ה: "שבועת".

244 הר"ן על הרי"ף, גיטין מט, ע"ב, המביא את הדעה להיתר וכותב "וליתא".



לענייננו חשובה ההצעה שסמכותה של דבורה לדון נבעה מכוח קבלתה על ידי הציבור כמעין בוררת, כלומר מנגנון של קבלה עשוי להכשיר אישה לתפקידי הדיינות אף לדעות הפוסלות.<sup>245</sup> בספרות הפוסקים הוכרעה ההלכה לפי הדעה הפוסלת את האישה מלדון מעיקר הדין. כך כאמור בדברי הרמב"ם, הרא"ש, הר"ן, וכך בפסקנות ומבלי להביא את העמדות החולקות, בדברי הטור, השולחן ערוך ונושאי הכלים.

עמדנו על כך שהשאלה של אפשרות מינוין של נשים בדיינות בפרט ותפקידי שררה בכלל שבה והתעוררה בעת החדשה, כאשר נדונה הענקת הזכות לנשים לבחור ולהיבחר. ראינו כי גם בדבריהם של חכמי זמננו מוצגות עמדות מנוגדות: כאלו הסוברות שיש להתיר ולהכשיר כהונתן של נשים, ובמיוחד כאשר כהונתן נעשית מכוח קבלת הציבור, לצדן של עמדות שוללות ואסרות.

מכל האמור לעיל מצטיירת תמונה הלכתית מורכבת: בכל הצמתים ההלכתיים ראינו עמדות המצדדות באפשרות מינוי שכזה, אך מרבית הראשונים מטים בדבריהם לאסור וכך גם בספרות הפוסקים. עם זאת, נראה שמנגנון של קבלת הציבור יוכל להכשיר, גם למרבית הדעות האסרות, את מינויה של אישה לתפקיד שיפוטי (לפחות בתחום דיני ממונות, ולדעות אחרות שהוצגו – אף ביתר התחומים).

המשכנו את עיוננו בשאלת הצורך בבית דין בהליך הגירושין. בחלק זה נדונה השאלה שמא נוכח סמכותו העניינית של בית הדין הרבני הנוגעת לנושאי הדין האישי, תוכלנה נשים להיות חלק מהרכב הדיינים. בתי הדין הרבניים עוסקים בעיקר בתיקי גירושין (וענייני מזונות ורכוש הנכרכים בהם). כיוון שכך, יש לבחון אם אכן על פי ההלכה נדרש הרכב של בית דין לצורך תביעת הגירושין. בהקשר זה נבחנו השאלות הבאות:

האם בהליך של נתינת גט יש צורך בקיומו של בית דין?

האם בעת הדיון בתביעת הגירושין והכרעתה יש צורך בבית דין?

האם לצורך כפיית גט יש צורך בבית דין?

א. בשאלת נתינת הגט ראינו שמעיקר הדין ולמרבית הדעות ההלכתיות אין צורך בבית דין. אם כך, אף לדעות שאישה פסולה מלדון ושהרכב הכולל אישה איננו עולה כבית דין – אין בכך כדי לפסול את הגט הניתן. בפועל אמנם פשט המנהג לסדר את הגט בבית דין של שלושה כדי להימנע משגיאות בתחום סבוך וחמור זה, אך נראה שאישה בקיאה וידענית בתחום הגיטין תענה גם על הצורך הזה.

ב. כאשר ההליך של תביעת הגירושין איננו מנוהל בהסכמה וכרוך בדיון בטענות הצדדים לגירושין עצמם ובהשלכות הממוניות, שמיעת עדויות, הודאות בעלי דין וכדומה, הדיון צריך לכאורה להתקיים בהרכב בית דין של שלושה. כבר עמדנו על האפשרות ההלכתית

<sup>245</sup> עם זאת אציין כי הרב הרצוג הסתייג ממנגנון של קבלה לפי השיטה הרואה במינוי אישה לדיינות איסור שררה, אולם גם הוא הציג בדבריו נתיב הלכתי להתיר כהונת נשים בדיינות. עיינו בדיון שבטקסט הצמוד לה"ש 114 לעיל.

לקבלת דיין פסול בתחום דיני הממונות (ולחלק מהדעות אף בתחומים אחרים). לעניין בירורן של עילות הגט, הרי שלצדדים יש אפשרות לקבל עליהם בהסכמה גם הרכב בית דין שאיננו הרכב של שלושה. כיוון שכך, הצעתי שגם לדעה הסוברת שאין האישה יכולה לדון, לא ניתן יהיה לטעון כנגד הכרעות בית הדין שניתנו בהרכב הכולל אישה נוכח אפשרות בית הדין לדון בהרכב חסר (ובהנחה שאפשרות כזו תוכשר על ידי המחוקק). במסגרת דיון זה נדרשנו גם לשאלת השפעותיו של דיין פסול על כלל ההרכב וראינו דעות חלוקות. דומה שנוכח המשקל המצטבר של הדעות המצדדות באפשרות כשירותן של החלטות שיינתנו בהרכב המונה גם אישה (דעות המצדדות באפשרות האישה לדון לכתחילה, דעות המצדדות באפשרות האישה לדון מכוח קבלת הצדדים והכשרת הרכב חסר מכוח קבלת הצדדים), יש מקום לטעון שהוצב בסיס הלכתי משמעותי להכשרת הדיון בטענות הצדדים גם על ידי אישה המכהנת בהרכב.

ג. לבסוף נבדקה גם שאלת תקפותו של הליך כפיית גט שיעשה על ידי הרכב בית דין שבו חברה גם אישה. לשם כך פנינו לבחון אם זהותו של הגוף השיפוטי הקובע את כפיית הגט משליכה על תוקפו, או שמא נודעת חשיבות רק לקיומן של עילות הלכתיות לכפייה. לכאורה, אם יש חשיבות לזהותו של הגוף השיפוטי, ייתכן שלדעות שאישה פסולה מלכהן בדיונות יהא גט שניתן בכפייה בהוראתה בלתי תקף. שאלה זו נדונה בסוגיות המשנה והתלמוד הבחנות את תוקפו של "גט מעושה בגויים". בסופו של העיון מצינו שלדעה האחת, הנפסקת להלכה בדברי הרמב"ם, מעיקר הדין אין חשיבות לזהותו של הגוף השיפוטי הקובע את כפיית הגט כל עוד הכפייה היא לפי הפרמטרים ההלכתיים המצדיקים אותה. לשיטה זו, פסלות הגט היא מצד גזרת חכמים שאיננה ישימה לכאורה על אישה שתכהן כדיינת בבית הדין. לדעה ההלכתית האחרת אכן קיימת חשיבות לזהותו של הגוף השיפוטי הקובע את כפיית הגט נוכח האיסור של "לפניהם ולא לפני גויים", והגוף השיפוטי משפיע על גיבוש הרצון הפנימי למלא אחר הוראותיו ולתת את הגט. ואולם, גם לשיטה זו הצבעתי על האפשרות שהטעמים לפגיעה בתוקפו של הגט אינם קיימים לעניין אישה דיינת. יתר על כן, הדגשתי שרוב רובן של הסנקציות המופעלות כנגד סרבני הגט בבתי הדין אינן מוגדרות כלל ככפייה. נוכח האמור, נראה שיש בסיס איתן לטענה שבמצב שבו הוראת הכפייה ניתנת לפי הפרמטרים ההלכתיים, בבית דין רבני שבהרכבו חברה גם אישה דיינת, הגט יהא תקף. דומה שגם לדעות שאישה פסולה מלכהן בדיונות יש לטעון שהגט תקף, ומכל מקום טענה כנגד תקפותו עשויה לעלות רק בעת הטלת עונש מאסר (ואף כאן יש ספק בשאלה אם זוהי אכן כפייה ממש). ציינתי כי ניתן לחשוב על מצב שבו כדי לצאת ידי כל הדעות, נשים בתפקידי דיונות יימנעו מלשבת בהרכב עת מוטל על הסרבן צו הגבלה מסוג זה.

עתה, כשמצע הלכתי זה בדינו, נוכל לנסות ולבחון אם יש נתיב הלכתי לכהונתן של נשים בבתי הדין הרבניים כיום.

## 2. נתיב הלכתי אפשרי לכהונתן של נשים בבתי הדין הרבניים

המצע ההלכתי העלה שתי זוויות חשובות לדיון:

1. דעות המאפשרות מציאות של אישה המכהנת בדיינות: נוכחנו בעובדת קיומן של דעות הלכתיות המכשירות לכתחילה ומעיקר הדין את האישה לתפקידי דיינות. ברם בעולם ההלכתי, לא די בעובדה זו בפני עצמה, שהרי למול העמדה המכשירה קיימת עמדה נוגדת ופוסלת, שאף נפסקה להלכה למרבית הפוסקים, ועל פיה נשים פסולות לכתחילה לתפקידי דיינות. עם זאת, למרבית העמדות השוללות יש אפשרות שאישה תכהן בדיינות מכוח הסכמת הצדדים או הסכמת הציבור.

פירוש הדבר שאם הצדדים יסכימו לכהונתה של אישה בהרכב בית הדין, או אם (לחלק מהדעות) תהיה הסכמה וקבלה ציבורית של כהונה שכזו – יש בסיס הלכתי לטעון שכהונתה מקיימת את הפרמטרים הנדרשים על פי ההלכה.

2. הנושאים הנדונים בבית הדין הרבני אינם מקימים צורך בהרכב של בית דין: הזווית השנייה, והמחודשת יותר לדיון זה, היא הצבעה על בסיס הלכתי לטענה שבתביעות גירושין הנדונות בבית הדין הרבני, כלל אין צורך בהרכב של בית דין. זווית זו מציעה התמודדות חדשה עם הדעות הפוסלות אישה מלכהן בדיינות, זאת על ידי הטענה שבין כך ובין כך מצד ההלכה אין הכרח שההליך (או לכל הפחות חלק ניכר של ההליך) ינוהל על ידי דין. זאת ועוד, אף לסוברים שיש צורך בהרכב בית דין, הרי שניתן להכשיר הכרעות שניתנו בהרכב שבו ישבה אישה מכוח היותו הרכב חסר ותקף בהסכמת הצדדים.

דומה שלשתי זוויות הדיון, המצביעות כל אחת בפני עצמה על האפשרות של כהונת נשים בדיינות, משקל מצטבר. ביחד הן מעלות טענה, שלעניות דעתי ראויה לדיון, בדבר אפשרות מינוין של נשים.

חשוב לציין שדרך זו של צירוף צדדים להיתר איננה דרכו האופיינית של העולם ההלכתי. במרבית הנושאים נטייתם של פוסקי ההלכה היא לחשוש לכל חומרה ולהתרחק מהאיסור ההלכתי האפשרי, ואין הם נוטים להוסיף דעה מקלה על גבי דעה מקלה כדי להגיע לתוצאה מבוקשת. יוצאי דופן הם המקרים שבהם הנושא שנדון טומן בחובו מצוקה אנושית גדולה, דוגמת מצוקתן של העגונות<sup>246</sup> או מצוקתם של הממזרים.<sup>247</sup> דומה שהרצון להביא לשוויון מגדרי בתוך בתי הדין, מוצדק וראוי ככל שיהיה, איננו עונה באותו אופן על מצוקה אנושית

<sup>246</sup> כך למשל, יש עיקרון הלכתי הקובע כי "משום עיגונא אקילו בה רבנן" (בבלי, יבמות פח, ע"א) ובגינו מקובל כי יש מקום להסתמך על שיטות הלכתיות מקלות ומבוססות אף כשיש שיטות מחמירות יותר. כך למשל שו"ת הרא"ם, לו: "מכיון דאיכא עגונא דאתתא דנפיק מיניה חורבה אין ראוי להניח כל התנאים והגאונים המקילים בזה ללכת אחרי המחמירים [...] אלא אם יראה בית דין דברי היחיד ויסמוך עליו כגון בשעת הדחק".

<sup>247</sup> עיינו במאמרי, תהילה בארי אלון "עיון מחודש ביסודות ההלכתיים לטיהור ממזרים נוכח התקדמות הרפואה" שנתון המשפט העברי כו, 43, 45 (התשס"ט-התש"ע).

דוגמת אלו. עדיין, יש מקום להתלבט ולתהות אם אין די בחשיבותם של עקרון השוויון, אינטרס הציבור, תדמיתו של בית הדין בעיני כלל החברה הישראלית, ואף תחושתם של המתדיינים בפני בית הדין (ובעיקר המתדיינות) כדי להצדיק מהלך הלכתי שכזה. כנדבך נוסף להתלבטות זו אוסיף גם את דבריו של סבי, הרב ישראל הלוי בארי, שהיה רבה של נס ציונה, המצביע על תרומתן הייחודית של נשים בתפקידי דיינות. בספרו "המדרש כהלכה" מביא הרב בארי את מדרש קהלת רבה (וילנא) פרשה ב, ד"ה "כנסתי":

עשיתי לי שרים ושרות [...] שדה ושדות דיינין זכרים ודיינות נקבות.

על מדרש זה כותב הרב בארי:

גם זה מן החכמה למנות דיינות נקבות שישפטו בדברים שאין צריך איש דוקא או שיקבלו עליהם את דינותה ואולי בסכסוכי משפחה כנהוג היום". ובהערותיו שם הוא כותב שמא המדרש מדבר על הרכב כפול של דיינים, של גברים ושל נשים: "אותו דין היה מתברר בפני בי"ד רגיל וכן הוסיף שיתברר בפני דיינות נקבות שאולי יש בהן בינה יתירה וגישה מיוחדת ואחר כך שוקלין זה מול זה ואז היה מתברר הדין בדקדוק ושיקול מיוחד. וצ"ע.<sup>248</sup>

לא למותר לציין ולהדגיש שאין בכל האמור משום ניסיון לפסיקת הלכה. הכרעה כזו נתונה לגדולי התורה, שלהם הסמכות לפסוק ולהחליט אם אכן קיים בסיס להכשרת כהונתן של נשים בבתי הדין מן הבחינה ההלכתית. מכל מקום, דומתני שהוצעו כאן כמה זוויות חשיבה שטרם נדונו בהקשרה של סוגיה זו ועשויות להעשיר את הדיון.

## 1. יישום עקרונות בג"ץ בשאלת מינוי נשים לתפקידי דיינות בבתי הדין הרבניים

לאחר הצגת עמדתו של הדין העברי בשאלת מינוין של נשים לבתי הדין הרבניים, אנסה להקיש בין בג"ץ פלונית, שסקרנו בתחילת דברינו, לעמדה אפשרית שינקוט בג"ץ כלפי בתי הדין הרבניים, אם אכן תהיה עתירה למינוין של נשים לתפקידי דיינות. כפי שראינו,<sup>249</sup> אלו עקרונותיו המנחים של בג"ץ פלונית:

א. עקרון השוויון חל על בתי הדין הדתיים הן מכוח חוק שיווי זכויות האישה והן מכוח היותו עקרון יסוד של השיטה המשפטית כולה.

248 בעת כתיבתו של מאמר זה הוסבה תשומת לבי לדבריו המובאים לעיל, ותודתי על כך נתונה לרב ד"ר לוי יצחק קופר.

249 בפרק הסוקר את בג"ץ פלונית, בטקסט הצמוד לה"ש 30.

ב. נוכח עקרון השוויון מחויב בית הדין הדתי לאמץ מבין הדעות ההלכתיות השונות את הדעה ההלכתית המתאימה לעקרון השוויון.

ג. את חוק שיווי זכויות האישה יש לפרש בפרשנות רחבה, ואילו לחריגיו יש לתת פרשנות מצמצמת.

אבחן תחילה את תחולת סייגיו של חוק שיווי זכויות האישה. סעיף 5 לחוק קובע:

5. אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין.

לפי פרשנותו המצמצמת של בג"ץ פלונית, את הסייג המופיע בסעיף 5 לחוק שיווי זכויות האישה יש לפרש כסייג המתייחס למצב שבו החלת שוויון מגדרי תביא לפגיעה בתוכן הדין הדתי עצמו המסדיר את ענייני הגירושין, ולא על הדינים החלים על בעלי הסמכות ליישם ולהוציא לפועל את הדינים הללו.

על פי הסקירה שנערכה לעיל, לא נראה שכהונתה של אישה בהרכב בית הדין תשפיע על תוכן הדין הדתי, במיוחד כיוון שכאמור, במרבית חלקיו כלל אין צורך בהרכב של בית דין או ניתן להסתפק בהרכב חסר. אף שהוצג בסיס הלכתי לכך שגם כפיית גט על ידי אישה היושבת על כס הדיינות תהא כשרה, ציינתי גם את האפשרות שיהא מי שיטען שהגט יהיה "גט מעושה שלא כדין". נוכח האמור, וכדי לצאת ידי חובת כל הדעות, ניתן אולי להציע שבהליך המסוים של כפיית הגט יישב הרכב של גברים בלבד.

סייג נוסף של חוק שיווי זכויות האישה הוא סעיף 7(ג) לחוק הקובע:

7(ג) הוראות חוק זה לא יחולו על מינוי לתפקיד דתי בהתאם לדין הדתי, ובכלל

זה על מינוי רבנים ובעלי תפקידים שיפוטיים בבתי דין דתיים.

בבג"ץ פלונית הוכרע כי מינויים של הבוררים לפי סעיף 130 איננו תפקיד שיפוטי לפי לשון הסעיף, ואף איננו מתאפייני בדרישות למיומנות וידע בדין הדתי השרעי, ולכן אף אינו "תפקיד דתי" לפי סעיף 7(ג) רישא. ואולם, לא אלה הם פני הדברים כאשר אנו דנים במינוי נשים לתפקידי דיינות בבתי הדין הרבניים. כאן בוודאי מדובר בתפקיד שיפוטי וכן בתפקיד דתי, הדורש מיומנות וידע בדין העברי. כיוון שכך, נראה שסייג סעיף 7 חל, ואיננו מחייב את בית הדין להוראות חוק שיווי זכויות האישה.

עם זאת, בבג"ץ פלונית דייקה השופטת ארבל ואמרה שלדעתה בתי הדין כפופים לעקרון השוויון מכל מקום מכוח היותו עקרון יסודי, ושמוכח כך עליהם להעדיף ולבכר עמדות הלכתיות המתיישבות עם עיקרון זה:

יתכן שהיינו מגיעים לאותה תוצאה גם אם היינו מניחים שחוק שיווי זכויות האישה לא חל על המקרה דנן. בתי הדין הדתיים, ככל הערכאות השיפוטיות ורשויות השלטון, כפופים לעקרונות היסוד של השיטה, ובהם לעיקרון השוויון [...] לפיכך, הפעלת הדין הדתי צריכה להיעשות אף היא תוך התחשבות בעקרונות היסוד של השיטה בכלל, ובעיקרון השוויון בפרט, ככל שניתן

במגבלות הדין הדתי עצמו [...] כך קובע אף חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כי  
"כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה"  
(סעיף 11). ההשלכה של קביעה זו לטעמי היא כי אם קיימת אסכולה מקובלת  
בדין הדתי המתיישבת עם עיקרון השוויון על בית הדין הדתי להעדיפה על  
אסכולה אחרת בדין הדתי שאינה מתיישבת עם עיקרון זה.<sup>250</sup>

לכאורה, לאור סקירת העמדות ההלכתיות בשאלת מינוין של נשים, יוכל בג"ץ לטעון שקיומה  
של עמדה המכשירה נשים לתפקידי דיינות, או קיומה של עמדה המאפשרת לנשים לשבת על  
כס הדיינות במהלך דיונים בהליכי גירושין כפי שפורט ובואר, עשויה לחייב את בית הדין  
הרבני לבכר ולהעדיף אותן על פני העמדות השוללות והפוסלות.

עם זאת, יש לציין הסתייגות אחת חשובה: לעניין בית הדין השרעי הורה בג"ץ לבית הדין  
להעדיף עמדה דתית אחת מחברתה, תוך שהוא מסתמך על תקדימיו של בית הדין השרעי  
עצמו, המצביעים לכאורה על אימוצה של אסכולה המאפשרת מינוי נשים כבוררות.<sup>251</sup> לעומת  
זאת, לעניין בית הדין הרבני אין בנמצא כל תקדים שבו הוא מכשיר אישה לתפקידי דיינות,  
וממילא הוראה מעין זו כלפי בית הדין הרבני עשויה להתקבל כהוראה מרחיקת לכת ואף ככזו  
המסיגה את גבולו של בית הדין. כאן כמובן עולה שאלה נוספת וחשובה באותה מידה: אף אם  
הוקמה תשתית משפטית להוראה מעין זו, האם ראוי שבג"ץ ישתמש בה? שמא עדיף שבג"ץ  
ינקוט ריסון ולא יתערב כלל באוטונומיה של בתי הדין הדתיים לסוגיהם השונים להכריע את  
תוכנו של הדין הדתי, ולו גם נוכח ערך השוויון?!

שינויים מסוג זה של שוויון מגדרי אמנם אטיים יותר ממקצב החיים והערכים החברתיים  
שמחוץ לבתי הדין, אך דומני שבסופו של דבר אנו אכן עדים לתמורות, זעיר זעיר וטיפין טיפין.  
הוראה כופה מבחוץ עשויה להביא לתהליך הפוך של הקצנה ואנטגוניזם. יש להתלבט ולשקול  
שמא לטובת העניין עצמו מוטב להניח לשיח הפנימי שיפעל את פעולתו ויניב את תוצאותיו,  
אף אם יתארך הדבר זמן רב יותר.

## ז. סיכום ומסקנות

במאמר זה שימש בג"ץ פלונית כקטליזטור לעיון מחודש בסוגיה עתיקה: כשירותן של נשים  
לתפקידים שיפוטניים. לאור הבג"ץ, השאלה שיש לשאול איננה אם העמדה ההלכתית הנוהגת  
בפועל היא שנשים אינן מכהנות כדיינות, אלא השאלה אם יש עמדה הלכתית בעלת משקל,

250 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 1, פס' 44 (ההדגשות הוספו).

251 אף שבית הדין השרעי טען כנגד בג"ץ ששגה בהבנת אותם תקדימים והתחומים אליהם התייחסו.  
ראו דגנ"ץ בית הדין השרעי לערעורים, לעיל ה"ש 29.

המצדדת באפשרות מינוין של נשים. אם אכן כך, ממילא אנו נדרשים לשאלה אם צריך בית הדין הרבני, לפי עמדת בג"ץ, להעדיפה ולבכרה נוכח עקרון השוויון. הצבעתי על קיומן של דעות הלכתיות שלפיהן נשים כשירות לתפקידי שיפוט, תוך שהרגשתי כי להלכה נפסק כדעה שנשים אינן יכולות לכהן בדיינות לכתחילה. עם זאת, אף למרבית המחזיקים בעמדה שנשים אינן כשירות לדיינות לכתחילה, ניתן יהיה להכשירן מכוח קבלת הצדדים או הציבור.

לאחר מכן בחנתי אם כלל יש צורך בהרכב של בית דין בנושאים הנדונים בבית הדין הרבני. חשיבותה של בחינה זו היא בכך שאם נניח שאין צורך בהרכב בית דין, הרי שגם לדעות השוללות את אפשרות כהונתה של אישה כדיינת ככלל ואף מכוח הסכמת הצדדים, יהא תוקף להחלטות בית הדין שניתנו בהרכב שבו חברה אישה.

הצבעתי על כך שמעיקר הדין ולמרבית הדעות ההלכתיות, אין צורך בבית דין לצורך הליך מתן הגט. לעניין דיון בטענות הצדדים, שמיעת עדויות, הודאות וכדומה, אכן יש צורך בבית דין, אולם הסכמת הצדדים יכולה לבסס את כשירותו של דן יחיד. הצבעתי על כמה פסקי דין הנוקטים גישה שעל פיה ניתן לדון ולהכריע אף בשאלת חיוב הגט בהרכב של דן יחיד מכוח הסכמת הצדדים. נוכח כל האמור, נראה שאף לדעות הפוסלות אישה מלכהן בדיינות, הרי שאם הצדדים יקבלו על עצמם כי אישה תהא חלק מההרכב, יש צדדים רבים לטעון לכשרות החלטותיו במישור ההלכתי,<sup>252</sup> כיוון שמכל מקום ניתן להכשירן כהחלטות שניתנו בהרכב חסר.

לבסוף, בחנתי את האפשרות שאישה תשמש בדיינות גם במצבים שבהם מורה בית הדין על כפיית גט. לכתחילה ומעיקר הדין אכן יש צורך בבית דין כדי להפעיל כוח של כפייה, אולם קיימות שתי דעות הלכתיות וחלוקות לעניין תוקפו של גט שכפייתו נעשתה לפי כללי ההלכה בבית דין של גויים. לדעה האחת, הנפסקת לדעת הרמב"ם, הגט תקף מעיקרו ופסול רק מצד גזרת חכמים (שאיננה ישימה למצב של אישה דיינת בבית דין רבני). לדעה האחרת, הנפסקת למרבית הפוסקים, גט כזה איננו כשר מעיקר הדין, וזאת משום שיש איסור לבוא לדיון בפני גויים. נראה שטעם זה אף הוא איננו ישים למצב של אישה יהודייה המכהנת כדיינת (במיוחד נוכח שלל העמדות המאפשרות את כהונתה מכוח קבלת הציבור או קבלת הצדדים). כיוון שכך, נראה כי הרציונל הקובע את המצבים שבהם גט כפוי תקף, שריר ועומד גם כאשר נעשתה הכפייה בהרכב שבו חברה אישה. הדגשתי שמרבית הסנקציות המופעלות כנגד סרבני הגט אינן מוגדרות כלל ככפייה, ולכן אף אם נטיל ספק בתוקפו של גט שניתן בכפייה בהרכב כאמור,

252 אמנם כאשר נדונה תביעת הגירושין בפני הרכב של שלושה וביניהם אישה, עלולה להתעורר הטענה שלפי המוצע כאן משמע שההרכב מנה רק שני דיינים, מצב שאותו קבע בג"ץ כבלתי חוקתי, אלא שאם לדידו של בג"ץ הרכב הכולל אישה איננו מנוע מלדון, הרי שבעיניו יש כאן הרכב של שלושה, וממילא טענות כנגד חוקיותו של ההרכב הן טענות שאינן הלכתיות ושאין נוגעות לתוקפו ההלכתי של הדיון ושל הגט הניתן מכוחו.

נראה לומר שהבעיה תתעורר רק במצב של הטלת עונש מאסר (ואף כאן יש להסתפק אם זוהי אכן כפייה ממש). לכאורה, אף לעמדה דחוקה זו ניתן יהיה לחשוב על פתרון הקובע כי נשים בתפקידי דיינות יימנעו מלשבת בהרכב, עת מוטל על הסרבן צו הגבלה מסוג זה. דומתני שבשתי זוויות הדיון ההלכתיות שהוצגו – דעות המכשירות כהונתה של אישה כדיינת לכתחילה או מכוח קבלת הצדדים, והאפשרות שבהליכי הגירושין (או לפחות בחלקם מהליכים אלו) כלל אין צורך בהרכב של בית דין – יש משום העשרה לדיון ההלכתי, במיוחד במשקלן המצטבר. ללא ספק נודעת להן חשיבות מצד עמדתו של בג"ץ פלונית. ימים יגידו אם נהיה עדים לבג"ץ דומה המופנה לבתי הדין הרבניים והמורה להם לאמץ עמדה הלכתית המאפשרת כהונתן של נשים על כס הדיינות. ניתן לייחל ולקוות כי תמורות הזמן והחברה יחלחלו וישפיעו על הנעשה בבתי הדין הרבניים, ואולי יימצא כאמור נתיב הלכתי מוסכם שיאפשר גם לנשים לקחת חלק פעיל בהליך השיפוטי בבתי הדין. בשאלות הללו, כדבריו של הרב ויינברג "נניח הדבר לזמן שיבוא ויכריע".<sup>253</sup>

253 שו"ת שרידי אש, חלק א, סימן קלט, כשהוא מתבטא לעניין זכות נשים לבחור ולהיבחר.